

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Administrativo



**LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA.
LOS ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA.
ESPAÑA Y BULGARIA**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

María Jeleztcheva Jeleztcheva

Bajo la dirección del doctor
Juan de la Cruz Ferrer

Madrid, 2007

- **ISBN:978-84-692-0133-6**

**LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA:
LOS ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA. ESPAÑA Y
BULGARIA**

Dirigida por: Prof.Dr.D.Juan de la Cruz Ferrer

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Memoria presentada por

Dña.María Jeleztcheva Jeleztcheva

para la obtención del grado de Doctora

Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid

Madrid, marzo de 2007

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I: LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS

A. LA FEDERAL TRADE COMMISSION

**B. LA DIVISIÓN ANTITRUST DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS
UNIDOS.**

CAPÍTULO SEGUNDO: LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS COMO AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

CAPÍTULO TERCERO: LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

A. EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

B. EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

**C. LOS PODERES EJECUTIVOS DE LAS CC.AA. EN MATERIA DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA.**

CAPÍTULO CUARTO: LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE BULGARIA

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE DETALLADO

INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO PRIMERO : LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	19
A. LA FEDERAL TRADE COMMISSION.....	20
INTRODUCCIÓN: EL ORIGEN HISTÓRICO DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA CREACIÓN DE ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	20
I. GÉNESIS DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.....	24
II. ORGANIZACIÓN DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION COMO AGENCIA INDEPENDIENTE: LA AUTONOMÍA ORGÁNICA Y FUNCIONAL.....	36
1. LA FEDERAL TRADE COMMISSION COMO AGENCIA INDEPENDIENTE..	38
2. RELACIONES CON EL CONGRESO.....	40
3. RELACIONES CON EL PRESIDENTE.....	42
III. EL SISTEMA DE ELECCIÓN Y LA COMPOSICIÓN DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.....	44
1. ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.	44
2. QUORUM Y MAYORÍAS.....	44
3. REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD E INCOMPATIBILIDADES.....	45
4. DURACIÓN DEL MANDATO Y CESE DE LOS COMISARIOS.....	45
IV. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.....	46
V. FACULTADES Y FUNCIONES DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.....	57
1. AUTORIDAD DE INVESTIGACION (Investigation Authority).....	58
1.1. La Federal Trade Commission como Autoridad de Investigación – visión general.....	59
1.2. Los poderes de investigación específicos de la Federal Trade Comisión.....	61
1.3. Sanciones.....	66
2. PODERES DE ADJUDICATION.....	67
2.1. Definición de Adjudication.....	68
2.2. Definición de ordenes (orders) –los actos administrativos singulares de la Federal Trade Commission.....	69
2.3. Los remedios civiles.....	70
2.4. Alcance de los actos administrativos singulares de la Federal Trade Commission.....	73
2.4.1. Visión general.....	73

2.4.2. Medidas contra conductas no declaradas como ilegales que amplían el alcance de las órdenes.....	74
2.4.3. Limitaciones del alcance de las órdenes de la Federal Trade Commission.....	76
2.5. Sanciones.....	79
2.6. El control judicial sobre las órdenes dictadas por la Federal Trade Commission.	79
2.6.1. Requisitos para la interposición del recurso según la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo).....	79
2.6.2. La interposición del recurso.....	80
2.6.3. Jurisdicción.....	81
2.6.4. Legitimación.....	81
2.6.5. Poderes del juzgado.....	81
2.6.6. Suspensión de la eficacia de las órdenes de la Federal Trade Commission.....	82
2.6.7. Las doctrinas sobre el control judicial de los actos singulares de la FTC - visión general.....	83
2.6.8. Supuestos de revisión de las órdenes dictadas por la Federal Trade Commission.	85
2.6.9. Revisión de las medidas de saneamiento, adoptadas en las órdenes de cese y desistimiento de la Federal Trade Commission.....	91
2.6.10.Revisión en los procedimientos subsidiarios e interlocutores en los juzgados federales.....	91
2.7. Decisiones negociadas de la FTC.....	93
3. COMPETENCIAS NORMATIVAS DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION (RULEMAKING).....	94
3.1. Definición de Rulemaking.....	94
3.2. Definición de Reglamento(Rule).....	94
3.3. Génesis de las competencias normativas de la Federal Trade Commission.	97
3.4. El control sobre los reglamentos.....	100
3.4.1. El control del Congreso.....	100
3.4.2. Control Presidencial.....	100
3.4.3. El control judicial sobre los reglamentos.....	106
3.4.3.1. Jurisdicción.....	108
3.4.3.2. Legitimación.....	108

3.4.3.3. Poderes del juzgado y alcance del control judicial sobre los actos normativos de la Federal Trade Commission.	108
4. LEYES QUE SE APLICAN POR LA FEDERAL TRADE COMMISSION EN CUMPLIMIENTO DE SUS FACULTADES DE INVESTIGACIÓN, ADJUDICATION Y RULEMAKING.....	109
5. LA FEDERAL TRADE COMMISSION Y SU PARTICIPACIÓN EN PROCESOS JUDICIALES (LITIGATING AUTHORITY).....	109
6. OTRAS ACTIVIDADES Y FUNCIONES DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.....	115
6.1. Las recomendaciones y directrices.....	115
6.2. Las guías para la industria (Industry Guides).....	116
6.3. Los informes (statements) de la Federal Trade Comisión.....	116
6.4. Abogacía de la competencia.....	117
6.5. La defensa de los consumidores y usuarios.....	117
6.6. Actividad internacional.....	118
VI. LOS CONTROLES SOBRE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.....	120
1. CONTROLES INTERNOS.....	120
2. CONTROLES EXTERNOS.....	120
2.1. Control político.....	120
2.1.1. Control del Congreso.....	121
2.1.2. Control Presidencial.....	122
2.2. Control Judicial.....	123
VII. LA FINANCIACIÓN DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.....	124
B. LA DIVISIÓN ANTITRUST DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	127
I. LOS PRIMEROS AÑOS DE LA DIVISIÓN.REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA Y LA FEDERAL TRADE COMMISSION.	127
1. CLEARANCE PROCEDURES EN RELACIÓN CON LAS FUSIONES.....	130
2. CLEARANCE PROCEDURES EN OTROS CASOS.....	130
II. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA DIVISIÓN ANTITRUST DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN RELACION CON SUS FUNCIONES.....	131

III. FACULTADES DE LA DIVISI3N ANTITRUST DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	134
1. INVESTIGACI3N.....	136
1.1. La elecci3n entre el proceso civil o penal.....	137
1.2. Investigaciones civiles.....	140
1.3. Investigaciones criminales.....	142
1.4. Exculpabilidad.....	145
2. EL PROCESO JUDICIAL.....	149
2.1. Jurisdicci3n.....	149
2.2. El proceso civil - civil litigation.....	149
2.3. Las negociaciones(settlements) y los consent decrees.....	151
2.4. El proceso penal.....	153
2.4.1. Los preparativos para el proceso penal.....	153
2.4.2. Las posibilidades del acusado.....	153
2.4.3. La condena.....	154
2.4.3.1. Las sanciones individuales.....	156
2.4.3.2. Las sanciones (multas) corporativas.....	158
2.5. Apelaci3n.....	160
2.6. Concurrencia de proceso civil y penal.....	160
3. OTRAS ACTIVIDADES DE LA DIVISI3N ANTITRUST.....	161
3.1. Guías, comunicaciones y declaraciones.....	162
3.2. Los Business Review Letters - BRL.....	162
3.3. Abogacía de la competencia.....	164
3.4. Participaci3n en procesos judiciales como “amicus curiae”.....	164
IV. LOS CONTROLES POLÍTICOS SOBRE LA DIVISI3N ANTITRUST.....	165
1.CONTROL PRESIDENCIAL.....	165
2.CONTROL PARLAMENTARIO.....	165

CAPÍTULO SEGUNDO: LA COMISI3N DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS COMO AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA...167

I. LOS OBJETIVOS DE LA UNI3N EUROPEA EN RELACI3N CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EL PAPEL DE LA COMISI3N.....	167
II. ESTATUTO, COMPOSICI3N Y ORGANIZACI3N DE LA COMISI3N. LA DG COMPETENCIA.....	171
1. Estatuto de la Comisi3n y debate sobre la conveniencia de crear una Autoridad Independiente.....	172
2. Composici3n de la Comisi3n.....	176
3. Quorum y mayorías.....	176
4. Requisitos de elegibilidad e incompatibilidades de sus miembros.....	177

5.	Duración del mandato y cese de los comisarios.....	177
6.	Organización interna de la Comisión. La DG Competencia.....	177
III.	OTRAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS QUE TIENEN ATRIBUIDAS FUNCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	179
1.	El Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes.....	179
2.	El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.....	180
3.	El Tribunal de Primera Instancia.....	181
IV.	FACULTADES Y FUNCIONES DE LA COMISIÓN EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	182
1.	PODERES DE INVESTIGACIÓN.....	184
1.1.	Facultades para requerir información de las empresas.....	184
1.2.	Investigación por sectores económicos y por tipos de acuerdos.....	186
1.3.	Poderes de la Comisión en materia de inspecciones.....	187
1.3.1.	Facultades de los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión.....	187
1.3.2.	Asistencia a las inspecciones por parte de los Estados miembros.....	188
1.3.3.	Inspección en otros locales, incluido el domicilio particular.	189
1.4.	Poderes de recabar declaraciones.....	190
1.5.	Poderes para imponer multas sancionadoras y coercitivas en la fase de investigación.....	191
1.6.	Derechos de los afectados.....	192
1.6.1.	Secreto profesional y acceso al expediente.....	192
1.6.2.	Derecho a no autoincriminación.....	193
2.	PODERES EJECUTIVOS DE LA COMISIÓN EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	194
2.1.	Visión general.....	194
2.2.	Las decisiones respecto a las prácticas anticompetitivas.....	199
2.2.1.	Decisiones de cese y constatación de las infracciones.....	200
2.2.2.	Decisiones para ordenar una actuación determinada.....	201
2.2.3.	Decisiones para imposición de multas a las empresas y asociaciones de empresas.....	202
2.2.3.1.	Multas coercitivas.....	202
2.2.3.2.	Multas sancionadoras procesales.....	203
2.2.3.3.	Multas sancionadoras por infracciones sustantivas.....	203
2.2.3.4.	Método para calcular las multas sancionadoras.....	205

2.2.3.5.	“Política de clemencia”	208
2.2.3.6.	Exculpabilidad.....	212
2.2.3.7.	Prescripción.....	213
2.2.4.	Decisiones para adoptar medidas cautelares.....	214
2.2.5.	Decisiones declarativas del art.10 del Reglamento N 1/2003	215
2.2.6.	Decisiones de retirada individualizada de excenciones.....	216
2.3.	Facultades para negociar con las empresas.....	216
2.4.	La desestimación de las denuncias.....	218
2.5.	Las cartas administrativas.....	219
3.	LOS PODERES NORMATIVOS DE LA COMISIÓN.....	220
4.	OTRAS FACULTADES Y FUNCIONES DE LA COMISIÓN EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	224
4.1.	La Comisión y la política de competencia.	224
4.2.	El control sobre las empresas públicas y la liberalización de los sectores monopolísticos.....	226
4.3.	La prohibición de las fusiones que crean o refuerzan una posición dominante.....	228
4.4.	Las ayudas del Estado.....	231
5.	Actos aplicables por la Comisión en cumplimiento de sus facultades en materia de competencia.....	233
V.	EL CONTROL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA.....	236
1.	Jurisdicción.....	236
2.	Alcance del control judicial de los tribunales comunitarios en materia de competencia.....	236
3.	Supuestos de control judicial.....	238
4.	El procedimiento rápido (Fast Track).....	247
VI.	RELACIONES ENTRE LA COMISION Y LAS AUTORIDADES DE LOS ESTADOS-MIEMBROS.....	249
1.	La descentralización. Creación de una red de autoridades de defensa de la competencia.	251
2.	Aplicación de las normas sobre competencia por los jueces nacionales.....	257
3.	¿En qué casos se aplica el derecho comunitario de defensa de la competencia? Relaciones entre los dos derechos: la teoría de la doble barrera y la teoría de la barrera única.....	262
4.	El principio “non bis in idem”.....	268
CAPÍTULO TERCERO: LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA.....		271

A. EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.LAS LEYES DE 1963 Y DE 1989.....	271
I. GÉNESIS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	271
II. ORGANIZACIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO AGENCIA INDEPENDIENTE.....	277
III.LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA.....	281
IV. EL SISTEMA DE ELECCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	284
1. Elección de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia.....	284
2. Quorum y mayorías.....	284
3. Requisitos de elegibilidad e incompatibilidades de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia.....	285
4. Duración del mandato y cese de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia	286
V. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.....	288
VI. FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	291
1. LA POTESTAD SANCIONADORA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	293
1.1. Visión general.....	293
1.2. Decisiones (declaraciones) de existencia de prácticas restrictivas a la competencia.....	294
1.3. Decisiones para imposición de sanciones que acompañan las declaraciones de existencia de prácticas restrictivas de la competencia.....	295
1.3.1. Decisiones de cese de las infracciones.....	295
1.3.2. Decisiones para ordenar una actuación determinada.....	295
1.3.3. Decisiones para imposición de multas.....	296
1.3.3.1. Multas coercitivas.....	296
1.3.3.2. Multas sancionadoras procesales.....	297
1.3.3.3. Multas sancionadoras por infracciones sustantivas.....	297
1.3.3.4. Método para calcular las multas.....	299
1.3.3.5. Prescripción.....	300
1.3.4. Decisiones para adoptar medidas cautelares.....	301
2. AUTORIZACIONES DE DETERMINADAS CONDUCTAS.....	304
2.1. Visión general.....	304

2.2.	Los supuestos de autorizaciones según la Ley de Defensa de la Competencia (art.3 LDC).....	309
2.2.1.	Valores colectivos (art.3.1 LDC).....	310
2.2.2.	Factores económicos (art.3.2 LDC).....	310
2.3.	Renovación, modificación y revocación de las autorizaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.....	312
2.4.	La resolución denegatoria del Tribunal de Defensa de la Competencia.....	313
2.5.	Retirada de exenciones por categorías. Retirada de exenciones concedidas por reglamentos comunitarios.....	313
3.	Aspectos comunes de todas las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.....	314
4.	Otras actuaciones del Tribunal.....	316
4.1.	Funciones asesoras y de información.....	316
4.2.	Competencias parajudiciales: la función arbitral.....	317
4.3.	La función tutelar respecto al Servicio de Defensa de la Competencia.....	318
4.4.	El control de concentraciones.....	319
4.5.	Las competencias del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de ayudas públicas.....	321
5.	Leyes aplicables por el Tribunal en cumplimiento de sus facultades en materia de competencia.....	323
VII.	EL CONTROL SOBRE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	323
1.	Control político sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia.....	323
2.	Control jurídico sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia.....	324
VIII.	LA FINANCIACIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	328
B.	EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	329
I.	GÉNESIS DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	329
II.	ORGANIZACIÓN DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.....	330
III.	FACULTADES Y FUNCIONES DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	331
1.	PODERES DE INVESTIGACIÓN.....	331
2.	LA POTESTAD DE INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE.....	334
3.	LA INSTRUCCIÓN DE LOS EXPEDIENTES. ACTOS DE INSTRUCCIÓN.....	337
4.	Otras actuaciones del Servicio de Defensa de la Competencia.....	340
4.1.	Proyectos de normas, informes y estudios.....	340
4.2.	Funciones en materia de control de concentraciones.....	341
4.3.	Funciones en materia de ayudas públicas.....	342
4.4.	Funciones en materia de relaciones con la Comisión y las autoridades internacionales.....	343

IV.	EL CONTROL SOBRE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA .	344
C.	LOS PODERES EJECUTIVOS DE LAS CC.AA. EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	348
CAPÍTULO CUARTO: LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE BULGARIA.....		353
I.	GÉNESIS DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE BULGARIA (CDC).....	353
	1. Introducción y presentación socio-económica de Bulgaria.....	353
	2. La transición del comunismo a la economía de mercado.....	356
	3. El proceso de adhesión a la Unión Europea.....	362
	4. Objetivos de la política de competencia en las economías en transición.....	365
II.	ORGANIZACIÓN DE LA CDC COMO AGENCIA INDEPENDIENTE.....	366
III.	RÉGIMEN DE LOS MIEMBROS DE LA CDC.....	369
	1. Elección de los miembros.....	369
	2. Quorum y mayorías.....	371
	3. Requisitos de elegibilidad e incompatibilidades.....	371
	4. Duración del mandato y cese de los miembros de la CDC.....	372
IV.	LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA CDC EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.....	373
V.	FACULTADES DE LA CDC.....	374
VI.	LOS CONTROLES SOBRE LA CDC.....	383
VII.	LA FINANCIACIÓN.....	386
CONCLUSIONES.....		387
BIBLIOGRAFÍA.....		407

INTRODUCCIÓN

Desde los años 60 en los países de Europa occidental se ha ido estableciendo el marco legal e institucional de defensa de la competencia y, a pesar de que las instituciones antitrust tienen una historia relativamente breve en Europa en comparación con los Estados Unidos, han alcanzado una gran relevancia en los últimos años en el contexto del desarrollo del mercado global: actualmente la defensa de la competencia es una prioridad tanto para los EEUU, para la UE y sus Estados miembros y asimismo para otros países de Europa como Bulgaria, que acaba de incorporarse a la Unión, ya que en el período de transición de la economía planificada a la economía de libre mercado en estos últimos se están introduciendo medidas de defensa de la competencia, que adquieren cada vez más importancia. En la Unión Europea dicha política se enmarca en el “respeto al principio de una economía de mercado¹ abierta y de libre competencia”(art.4.1 del Tratado CE) y según el art.I – 3, p.2 de la futura Constitución Europea – en la consecución de “un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada”.

En el presente trabajo se presentan cuatro modelos institucionales: el de Estados Unidos, la Unión Europea, España y Bulgaria, analizando la génesis de este tipo de instituciones y destacando que el perfil institucional es de singular importancia, porque en la actualidad el grado de competitividad de los mercados depende del funcionamiento de las instituciones.

En el trabajo se van a emplear los siguientes métodos de investigación: la metodología del derecho comparado, comparando normas y organización de instituciones; el método histórico, porque es interesante observar la evolución histórica de dichas instituciones; el método exegético, interpretando normas y jurisprudencia, siempre tomando en consideración que el concepto de competencia no es un término unidireccional y determinado, sino un concepto en constante evolución; el método económico-sociológico, explicando los rasgos importantes de la realidad económica y social donde se desarrolla la defensa de la competencia.

¹ “Una economía de mercado es la única economía natural, el único tipo que tiene sentido, el único que puede traer la prosperidad ya que es el único que refleja la naturaleza de la vida misma. La esencia de la vida es infinita y misteriosamente multiforme y, por tanto, no puede ser contenida ni planificada en toda su plenitud y variabilidad...”(Vaclav Havel, 1993).

Una vez analizados los orígenes de las autoridades antitrust en los EEUU, desde la perspectiva del Derecho Comunitario se van a estudiar las peculiaridades de la institución comunitaria de defensa de la competencia – la Comisión: a diferencia de las medidas de defensa de la competencia en los Estados Unidos y los demás países, el Derecho Comunitario cuenta con una característica única, ajena a las demás legislaciones de competencia. Mientras que el establecimiento de autoridades y procedimientos nacionales en general busca el mantenimiento de una competencia efectiva (workable competition) , la creación de normas e instituciones comunitarias no se limita a este clásico objetivo del Derecho de la Competencia. Existe un objetivo añadido que es la consecución del Mercado único a través de la integración de los mercados nacionales. En relación con este objetivo se van a analizar las últimas reformas de los procedimientos comunitarios de defensa de la competencia(relativas a las instituciones nacionales y la Comisión), cuyo eje central lo constituye la “descentralización efectiva”: la descentralización hacia las autoridades nacionales para la aplicación del art.81 TCE en su conjunto y el nuevo sistema de asignación de casos entre las autoridades comunitarias y nacionales(el Reglamento(CE) N 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en el art.81 y 82 del Tratado, DO N L 001 de 04.01.2003).Se van a exponer las ventajas y desventajas de las soluciones adoptadas con el citado Reglamento , partiendo de la base de cómo las autoridades y tribunales nacionales puedan desempeñar un mayor papel en la aplicación de las normas de competencia sin hacer peligrar la coordinación en la aplicación del Derecho Comunitario y de aquí afectar la seguridad jurídica.

El presente trabajo está compuesto por cuatro capítulos, cada uno analizando las autoridades de defensa de la competencia del país correspondiente – la Federal Trade Commission de los Estados Unidos y la División Antitrust del Departamento de Justicia de los Estados Unidos; la Comisión como autoridad de defensa de la competencia en la Unión Europea; el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia en España y la Comisión de Defensa de la Competencia de Bulgaria. Se va a analizar el origen y la evolución de las autoridades, sus objetivos en relación con esta evolución, su sistema de creación y composición, su estructura organizativa , sus facultades y funciones, enfatizando en la tarea analítica de estas autoridades porque disponiendo de una normativa general es necesaria una aproximación concreta y un

análisis específico de cada caso. Y a esto se añade el hecho de que las autoridades de defensa de la competencia introducen en el mundo empresarial una nueva cultura de la competencia, en base a los objetivos del derecho antitrust. Se va a enfatizar sobre el control político y judicial sobre los órganos de defensa de la competencia y se va a estudiar su financiación.

Este estudio se va a realizar en base a las normativas, jurisprudencia y algunos estudios doctrinales, basados en las legislaciones de los respectivos países y la Unión Europea: en la experiencia internacional en materia de defensa de la competencia existe una gran discusión sobre el modelo teórico de las autoridades encargadas de la aplicación de las medidas antitrust - el problema se plantea entre la creación de un órgano dependiente del Poder Ejecutivo o de una Agencia Independiente semejante a la Federal Trade Commission de los Estados Unidos, así que se va a observar la eficacia de los respectivos modelos, aunque existe un fenómeno de homogeneización que la doctrina administrativa denomina “convergencia de políticas públicas”, cuya justificación se relaciona con los objetivos de dichas autoridades.

Con la estructura del presente trabajo se pretende ofrecer una visión panorámica de las autoridades de defensa de la competencia de los Estados Unidos, la Unión Europea, España, Bulgaria, demostrando las divergencias entre ellas y ofreciendo una variedad de soluciones, basándose en las respectivas legislaciones en dicha materia. Se pondrá énfasis sobre las peculiaridades de los modelos estudiados y además se plantearán algunas ventajas y desventajas de las soluciones normativas en relación con los problemas que puedan surgir, siempre teniendo en cuenta los objetivos de la regulación pro- competencia.

AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mis agradecimientos a mi Profesor Dr.D.Juan de la Cruz Ferrer porque sin su apoyo, ayuda y confianza yo no podría haber llevado a cabo este trabajo.

Agradezco asimismo al Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, a la Fundación de Estudios de Regulación y al Centro Europeo de Regulación Económica y Competencia, que dirige el Profesor Cruz Ferrer en el marco de la Acción Jean Monnet de la Comisión Europea, su amabilidad y colaboración y por dejar a mi disposición sus bibliotecas.

Quisiera agradecer asimismo a mi tutor del Primer y Segundo curso de Doctorado Dr.D.Julio Victor González García, sin cuyos consejos creo que no hubiera podido elegir un tema tan interesante para mí como el marco institucional de defensa de la competencia.

Quiero dar las gracias, además, a mis abuelos paternos y maternos que siempre me han apoyado en mis elecciones de caminos en la vida, a mis padres, a mi hermano y a mis amigos, que siempre han estado a mi lado.

Madrid, marzo de 2007

CAPÍTULO PRIMERO : LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS

Actualmente en los Estados Unidos existe duplicidad de los órganos para la aplicación de las leyes antitrust – la Federal Trade Commission y la Antitrust Division del Departamento de Justicia de los EE.UU son los dos órganos de defensa de la competencia, que actúan en estrecha colaboración. El propósito de mantener esta duplicidad es la necesidad de una aplicación efectiva y diferenciada de las normas antitrust en relación con la gravedad de las infracciones: de este modo la Federal Trade Commission está autorizada para emitir órdenes de cese y desestimiento con características de actos administrativos singulares en la aplicación de la Clayton Act y Federal Trade Commission Act, mientras que la Division Antitrust está encargada de la persecución de las violaciones más graves (algunas de las cuales constituyen delitos) en aplicación de la Sherman y Clayton Act, mediante sus potestades de iniciar proceso civil o penal¹. La diferencia en las funciones de los dos órganos y la misión específica de cada uno de ellos determinan la necesidad de determinar el órgano, encargado con la aplicación de la Sherman Act y con la persecución de los actos criminales en la estructura de las instituciones ejecutivas, subordinadas al Presidente de los EE.UU (como se va a estudiar más adelante la intención inicial de los poderes públicos en la época de Roosevelt, fue la creación de un órgano único, integrado en la estructura del Departamento de Justicia), mientras que la Federal Trade Commission es creada como Agencia Independiente, que ocupa un lugar específico respecto a los tres poderes públicos, sin romper el esquema de equilibrio de poderes, sino, al revés, aportando estabilidad en el sistema y cuyas características y lugar en este esquema se van a analizar más adelante.

La duplicidad de las instituciones en el derecho antitrust norteamericano está aceptada unánimemente por la doctrina y la eficacia de esta duplicidad se demuestra con la efectividad de las medidas antimonopolio y pro- competencia en los EE.UU.

¹ En general ver Shenefield, J. y Stelzer, I. "The Antitrust Laws: a Primer", 2a ed., ed. AEI, Washington, 1998, pp.23- 25; Gellhorn, E. y Kovacic, W. "Antitrust and Economics in a Nutshell", ed. West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1994; Angland, J (dir.), "Antitrust Law Developments", ed. ABA, Boston, 1997; Hylton, K. "Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution", ed. Cambridge University Press, 2003, pp.48- 50; Villegas Cayón, J. "Monopolio y competencia", ed. Librería Jurídica Villegas, Madrid, 1970; Seplaki, L. "Antitrust and the Economics of the Market: text, readings, cases", ed. Harcourt Brace Jovanovich, Inc., New York, 1982.

A.LA FEDERAL TRADE COMMISSION

INTRODUCCIÓN: EL ORIGEN HISTÓRICO DE LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La creación de los primeros órganos de defensa de la competencia empezó en los Estados Unidos con el establecimiento de las independent commissions de los estados federados que fueron al principio unas comisiones parlamentarias ad hoc creadas para regular el sector del ferrocarril²: los problemas sociales que surgieron por los precios elevados del ferrocarril y la corrupción política fueron las principales razones de la creación de estas instituciones.

Una buena introducción a la situación político- económica después de la Guerra Civil de los EE.UU. se puede encontrar en Areeda&Kaplow³: en aquellos tiempos se podía observar una rápida expansión económica, cuyas principales causas han sido la población de los enormes territorios vacíos del Oeste, la construcción de ferrocarriles y nuevas fábricas⁴ que tenían que responder a las necesidades de los granjeros. Como es sabido, el crecimiento rápido de la economía en la mayoría de los casos es seguido por depresiones periódicas, excesos de producción y cambios rápidos en la estructura del mercado.

El descontento de la población por las altas tarifas ferroviarias y los precios altos a los que los fabricantes vendían el equipamiento para las granjas llevó a una presión constante sobre los poderes públicos⁵. Surgieron organizaciones como National Grange cuyo objetivo era defender los intereses de los farmers⁶.

² Una explicación detallada del desarrollo de este sector a finales del siglo XIX se puede encontrar en Neale, A. D. "The Antitrust Laws of the United States of America", 2ed., ed. Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1970, pp.11-12.

³ Areeda & Kaplow "Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases", 4a ed., ed. Little, Brown & Co., 1988, pp.48-50; ver asimismo Parzitch, K. "A Primer to Antitrust Law and Regulatory Policy", ed. University Press of America, Lanham, 1987, p.30; Shenefield, J. y Stelzer, I. "The Antitrust Laws: a Primer", op.cit., p.10; Navarro Suay, Ma del Carmen "La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos", Revista de derecho mercantil N 253, julio-septiembre 2004.

⁴ Sobre este tema ver Knitner, E. "The Legislation History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes", New York, 1978, p.11; Letwin, W. "Congress and the Sherman Antitrust Law: 1887-1890", U. Chi. L. Rev. 23, 1956.

⁵ En palabras de Bevis, H. "Procedure in the Interstate Commerce Commission- a Study in Administrative Law", 1 U. Cin. L. Rev. 241 (1927), las mutaciones industriales, financieras, geográficas y sociales han

En la situación descrita era lógico que los poderes públicos reaccionaran a los cambios creando normas e instituciones y estas instituciones- las comisiones independientes- surgieron en principio a nivel estatal.

Las funciones de dichas comisiones se limitaban a obtener información, supervisar la seguridad de los ferrocarriles y emitir informes⁷. La explicación de la actividad limitada de estos órganos se puede encontrar en la creencia en las fuerzas del mercado y su buen funcionamiento por sí mismo⁸.

La siguiente fase de establecimiento de instituciones fue la creación de comisiones parlamentarias permanentes con las siguientes características:

- elección de los miembros por el Gobernador con la aprobación del Parlamento,
- mandato de sus miembros entre 2 y 6 años; la renovación de los mandatos se hacía por partes,
- en algunos casos se exigía que estuviesen compuestas por representantes de los partidos políticos existentes para evitar que la Comisión estuviera controlada por el partido al que pertenecía el Gobernador,
- las comisiones no respondían ante el Gobernador sino ante el Parlamento del estado federado (porque se consideraban agentes del órgano legislativo)⁹.

Las elevadas tarifas ferroviarias, la discriminación y la necesidad de establecer restricciones sobre las prácticas abusivas de las compañías en el sector a nivel federal llevaron a la intervención del Congreso y a la creación en 1887, (después del detallado informe del Cullom Committee), de la Interstate Commerce Commission¹⁰ (Interstate

encargado el gobierno con una cantidad de deberes impropios. Así el mismo se veía obligado decidir sobre problemas, que hasta aquel entonces no habían surgido con tal intensidad en ninguna otra parte del mundo y tenía que reaccionar con medidas adecuadas e innovativas.

⁶ Para la influencia del movimiento agrario sobre la aprobación de las leyes antitrust estatales se puede leer el artículo “Antitrust before the Sherman Act”, Boudreaux, D., DiLorenzo, T. y Parker, St. en McChesney, F. & Shughart III, W. “The Causes and Consequences of Antitrust”, ed. Univ. of Chicago Press, 1995, pp. 255- 270, asimismo Kovaicic, W. “Public Choice and Origins of Antitrust” en la misma obra, p. 250; Knitner, E. “The Legislation History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes”, op.cit., p. 7.

⁷ Moreno Molina, A. M., “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, ed. Universidad Carlos III: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 103.

⁸ Hoy las manifestaciones de la misma convicción se pueden leer en las obras de los economistas y juristas de Chicago y Post- Chicago. Sobre la aceptación de la competencia como causa principal del desarrollo económico de los EE.UU. véase Anderson, S. “Federal Trade Commission – What Is It and What Does It Do?” 4 S. D. L. Rev. 117 (1959).

⁹ Salvador Martínez, María, “Las Autoridades Independientes”, ed. Ariel, Barcelona, 2002, p. 107.

¹⁰ Gellhorn, E. “Antitrust Law and Economics in a Nutshell”, ed. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1981, pp. 16-18; el artículo de Bevis, H. “Procedure...”, op.cit.

Commission Act, 24 Stat. 379) que fue el modelo de la posterior Federal Trade Commission. Su régimen era parecido al de las comisiones de los estados federados:

- estaba compuesta por 5 comisarios de los cuales no más de 3 podían pertenecer a un mismo partido político, nombrados por el Presidente con el visto bueno del Senado,
- su mandato era de 5 años,
- causas tasadas de cese por el Presidente (ineficiencia, abandono del servicio o conducta delictiva en el ejercicio del cargo¹¹ – Sec. 13 Interstate Commission Act, 25 Stat. 379),
- la Interstate Commerce Commission respondía ante el Parlamento.

Se trataba de una agencia creada por el Parlamento, que le otorgaba las competencias para cumplir sus funciones dentro del Poder Ejecutivo pero al margen de la organización administrativa dependiente del Presidente¹². En la primera regulación de la Interstate Commerce Commission se preveía la posibilidad de supervisión y control por parte del Department of Interior que era el encargado de aprobar sus gastos, recibir informes de la Interstate Commerce Commission y darles traslado al Parlamento. Más tarde se introdujeron cambios para evitar cualquier vía de influencia del Presidente sobre la Interstate Commerce Commission y los informes se enviaban directamente al Congreso. De este modo se creó un órgano, que tenía cierta independencia respecto al Presidente y actuaba en amplia discrecionalidad, contando con la ventaja de un procedimiento administrativo más flexible que el proceso judicial para poder realizar las importantes tareas de regulación del comercio.

La Interstate Commerce Commission estaba facultada para recibir quejas, investigarlas y, en su caso, acudir a los tribunales, mantenía informado al Gobierno y proponía las normas necesarias al Parlamento. En principio, las órdenes dictadas por la ICC no tenían efecto vinculante y los juzgados podían emplear las observaciones de la agencia solo en relación con un determinado juicio. Pero sus competencias se fueron ampliando, ya que se le atribuyeron competencias ejecutivas¹³ y cuasijudiciales¹⁴.

¹¹ Salvador Martínez, M. "Las Autoridades Independientes", op.cit, p. 110.

¹² Pierce, R, Shapiro, S. y Verkuil, P. "Administrative Law and Process", ed. Little, Brown & Co., New York, 1999, p. 29.

¹³ Ver Bevis, H. "Procedure...", op.cit.; Salvador Martínez, M. "Las Autoridades Independientes", op.cit, p.93; las facultades de la ICC en los años después de su creación están analizadas detalladamente por

Además la Interstate Commerce Commission decidía la política pública a seguir en el comercio. Con la Hepburn Amendment de 1906 la Interstate Commerce Commission fue dotada con la potestad de fijar tarifas¹⁵, que se considera por parte de la doctrina norteamericana una potestad cuasi legislativa. Más tarde, en 1910 con la Ley Mann-Elkins (36 Stat. 539) se creó un tribunal especial en materia de comercio¹⁶.

Se puede resumir que, en un ambiente político y económico, caracterizado con rápidas transformaciones, era imprescindible crear un órgano que pueda responder a estos cambios y, tratándose de una medida innovativa, el Congreso ha ampliado las facultades de este órgano paulatinamente, respondiendo a las crecientes necesidades de un equilibrio político –económico. Se creó la primera agencia reguladora independiente, que se caracterizaba principalmente con el “aislamiento” de los tres poderes públicos, quedando en el esquema del Ejecutivo - un fenómeno que se puede observar asimismo en el caso de la posterior Federal Trade Commission (FTC). Además, se le atribuyeron una serie de facultades, propias de los demás poderes públicos y estas facultades se han venido ampliando poco a poco, como se va a observar asimismo en el caso de la FTC.

De este modo, como alternativa de la regulación de la competencia por parte del mismo mercado se introdujo un control público sobre la competencia.

Hasta aquí se han expuesto en breve las características más importantes de la Interstate Commerce Commission con el propósito de poner énfasis en el modelo de la estructura, organización y régimen de la posteriormente creada Federal Trade Commission.

Ralston, J. “The Interstate Commerce Commission”, 12 Am. Law 297(1904); sobre la atribución de poderes ejecutivos, legislativos y judiciales a la ICC ver asimismo Schwartz, B. “Administrative Law”, ed. Little, Brown & Co., Toronto, 1991, pp.28-29.

¹⁴ Como señala Bernstein, M., cit. por Moreno Molina, Ángel Manuel, “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, ed. Universidad Carlos III: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 109: “la razón principal para la creación de las Comisiones Independientes ha sido la restricción de ciertas prácticas abusivas de las empresas privadas. El aparato administrativo empleado por las Comisiones se empleó en la consideración casuística de problemas y asuntos separados, de un modo que se aproximaba muy de cerca al comportamiento de un juez y de un jurado... la regulación se forjó sobre un molde judicial y los comisarios se consideraban como jueces administrativos” – Bernstein, M. “Testimony before the Antitrust Subcommittee of The House Judiciary Commission of Monopoly Problems in regulated industries”, 1956.

“Les podía exigir información, investigar, prohibir, resolver, aplicar, impetrar el auxilio judicial, imponer multas, etc...” - Moreno Molina, Ángel Manuel, “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, ed. Universidad Carlos III: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 106.

¹⁵ En este contexto- Bikle, H. “Power of the ICC to Prescribe Minimum Rates”, 36 Harv. Law Rev.5 (1922-1923).

I. GÉNESIS DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION Y ANÁLISIS DE LOS OBJETIVOS DEL DERECHO ANTITRUST.

La Federal Trade Commission es la primera institución de defensa de la competencia.

Como señalan Breyer y Stewart “el principio de mercados libres e iguales, no restringidos por el poder público... fue un principio fundamental en la América post-revolucionaria”.¹⁷

A pesar de esto a finales del s. XIX y principios del s. XX (como se ha expuesto anteriormente) surge la necesidad de la primera regulación de los mercados y esta intervención de los poderes públicos es cada vez más eficaz por la necesidad de establecer un control efectivo sobre el creciente poder de los trusts. La expansión industrial llevó a la creación de una enorme cantidad de agentes de mercado y algunas

¹⁶ Moreno Molina, A. M., “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, op. cit., p. 111.

¹⁷ Breyer, St. y Stewart, R. “Administrative Law and Regulatory Policy”, 3ª Edición, ed. Little Brown and Co., Boston, 1992, p.143; en esta época se han expresado en favor de la *laissez faire* varios economistas contemporáneos: la tesis más citada es de J. B. Clark (1887), cit. por Demsetz, H. “La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos”, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p.25 y por Neale, A. “The Antitrust Laws of United States...”, op.cit., p.13, según la cual “Las asociaciones tienen sus raíces en la naturaleza de la industria social y son normales en su origen, desarrollo y funcionamiento práctico. No deben ser desalentadas por los científicos ni suprimidas por los legisladores. Son el resultado de una evolución y son el feliz resultado de una competencia tan normal, que su supresión hubiera significado una amplia ruina. Un intento de suprimirlas con éxito por ley implicaría la reversión de los sistemas industriales hacia otros ya deshechos y la renovación de los abusos de los que la sociedad ha escapado en su marcha hacia el desarrollo.” Estas visiones, que recibieron el nombre de “Darwinismo social” estaban muy extendidas entre los economistas de la época de la creación de las normas e instituciones antitrust, pero no ejercieron influencia sobre los legisladores y esta puede ser una buena perspectiva para considerar que en los orígenes del “movimiento antitrust” las razones de eficiencia económica y del bienestar del consumidor no eran las dominantes. Hoy día existen opiniones en contra de la regulación pro-competencia y una gran parte de estas doctrinas están basadas en la idea que el progreso económico y las innovaciones se pueden realizar en industrias altamente concentradas: ver Shumpeter, J. “Capitalismo, Socialismo and Democracia”, ed. Folio, Barcelona, 1996, según quien la innovación continua lleva a tecnologías para producir productos sustitutivos y esto es posible exclusivamente en base a la existencia de monopolios estables; ver asimismo Galbraith, J. K. “Capitalismo Norteamericano”, ed. Agora, Buenos Aires, 1955 y MacLaurin, W. “Invention and Innovation in the Radio Industry”, ed. Macmillan, New York, 1949. Una gran parte de los representantes de la Escuela de Chicago tampoco aprueban la mayoría de las medidas antitrust, ver por ejemplo Stigler, G. “The Economic Effects of the Antitrust Laws” en McChesney, F. y Shughart III, W. “The Causes and Consequences of Antitrust: the Public – Choice Perspective”, ed. Univ. of Chicago, 1995.

de estas empresas llegaron rápidamente a dimensiones importantes¹⁸ creando desventajas para sus competidores. A esto se añadía la así llamada “ola de fusiones”¹⁹ que era la manifestación de una consolidación corporativa²⁰, con efectos importantes para las próximas décadas. Por ejemplo, existían los así llamados “money trusts”, que se creaban en base a la consolidación de varias industrias y los directivos de las empresas que formaban parte de estos trusts eran miembros de varios consejos directivos de otras empresas. Así se creaban interconexiones entre las industrias²¹ y esto se podía ver como una amenaza del estado democrático norteamericano y los derechos individuales. El Congreso, después de establecer una regulación efectiva de los abusos en el sector del ferrocarril, volvió al problema del control monopolístico sobre la industria y el comercio. Con este objetivo se aprobaron la Sherman Antitrust Act²² (1890) y la Clayton Act²³ (1914). Hasta la aprobación de la Federal Trade Commission Act (1914)²⁴ el Departamento de Justicia estaba encargado de la aplicación de la Sherman Act (tanto cuando se trataba de violaciones criminales como civiles). Puesto que las infracciones de la Clayton Act no han sido cualificadas como crímenes, el Department

¹⁸ Algunos, como el Juez Brandeis negaban la posibilidad de las grandes empresas de ser eficientes y creían que la política antitrust tiene que promover la pequeña empresa.

¹⁹ Sobre este fenómeno ver Winerman, M. “The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, control and Competition” 71 Antitrust Law Journal 2003, pp.6-7; Areeda & Kaplow “Antitrust Analysis...”, op.cit., pp.49-50, Navarro Suay, Ma del Carmen “La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos”, Revista de derecho mercantil N 253, julio-sept. 2004.

²⁰ Se dan los siguientes ejemplos: 72 consolidaciones llevaron a la creación de empresas que controlaban 40% de la industria, otras 42 consolidaciones llevaron a un control de más de 70% (Lamoreux, N., cit. por Winerman, M., “The origins of the FTC”, op.cit., p.7). Además, 12% de las empresas del país empleaba 75% de los trabajadores, representando 80% de la producción industrial total del país- Barck, O., cit. por Lang, J. “Legislative History of the FTC Act”, 13 W. L. Rev.6, 1974.

²¹ En este sentido ver Brandeis, L. “Other People’s Money and how the Bankers Use It” (1913).

²² El senador John Sherman fue hermano de un famoso financiero y empresario que durante muchos años ha expresado su descontento por los abusos que se producían en el comercio. Así Sherman ha introducido tres anteproyectos de la Ley con el fin de destruir las concentraciones del capital que según su opinión rompían el equilibrio en la economía norteamericana. De este modo las pequeñas empresas eran incapaces de competir con el leviathan industrial (Miller, R. y Jentz, G. “Business Law Today”, ed. ITP, 2000, p. 813). El resumen de dicha ley se expone en el Anexo N° 1.

²³ En 1914 el Congreso ha optado por reforzar el derecho antitrust por medio de esta Ley. Así, la Clayton Act incluía prácticas específicas no previstas en la Sherman Act. Las disposiciones más importantes de Clayton Act incluyen 4 diferentes formas de comportamiento en el comercio, que han sido declaradas ilegales pero no criminales. Los 4 supuestos estaban condicionados por la posibilidad de dañar sustancialmente la competencia y por la posibilidad de crear poder monopolístico (Miller, R. y Jentz, G. “Business Law Today”, ed. ITP, 2000, p. 813); Gellhorn, E. “Antitrust Law and Economics in a Nutshell”, op.cit., pp.25-30. Ver resumen de dicha Ley en el Anexo, N° 2.

²⁴ La Federal Trade Commission Act fue aprobada por 2 objetivos:

- Esta ley se extendía sobre todos los comportamientos anticompetitivos, incluidas también las conductas que no infringían las normas de la Sherman o Clayton Act (Sec. 5 la Federal Trade Commission Act).
- Se creaba la Federal Trade Commission para aplicar la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act y también la Clayton Act (Miller, R. y Jentz, G. “Business Law Today”, ed. ITP, 2000, p. 813). Ver resumen de dicha Ley en el Anexo N° 2.

of Justice podía aplicar dicha ley solamente en procedimientos civiles. Así el Department of Justice podía exigir de los jueces imponer la sanción “divestiture” (hacer que la empresa responsable deje de ejercer una o más de sus funciones como empresa) o la disolución de la misma. De este modo, hasta la aprobación de la Federal Trade Commission Act las leyes Sherman y Clayton se aplicaban por los tribunales comunes, iniciándose los procedimientos por el Departamento de Justicia.

Se puede afirmar que la idea de la creación de la Federal Trade Comisión surgió durante el mandato del Presidente T. Roosevelt que fue elegido el año 1901²⁵. El Presidente era consciente de que hay que distinguir las combinaciones industriales que contribuyen a la eficiencia productiva de las que eliminan a sus competidores y que el control adecuado sobre los abusos de estos acuerdos o cooperaciones se puede realizar adecuadamente por medio de una comisión administrativa²⁶. En 1903, creó el Bureau of Corporations²⁷ que ha publicado estudios importantes sobre organizaciones como Standard Oil Co. o American Tobacco Co. Así, durante este período han surgido problemas importantes en relación con la necesidad de determinar en qué caso y cómo, de acuerdo con las exigencias del desarrollo de la industria y el comercio, de la igualdad de oportunidades y competitividad internacional, se puede controlar el crecimiento corporativo. La idea de Roosevelt era racionalizar la economía, asesorar su funcionamiento, no simplemente disolver los trusts. Durante el mandato del Presidente W. Wilson se presentó un paquete de propuestas legislativas con el objetivo de institucionalizar el Bureau of Corporations: se trataba de una agencia creada no sólo con el propósito de asesorar a los juzgados, sino para establecer sus propios criterios respecto a las prácticas anticompetitivas²⁸. Con la aprobación de la Federal Trade

²⁵ Es famosa la frase de Roosevelt “La libertad en la democracia no es garantizada cuando la gente tolera el crecimiento del poder privado hasta tal punto que ya es más fuerte que el propio estado democrático”(1938), cit. por Morgan, T. “Modern Antitrust Law and its Origins”, ed. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994, p.113.

²⁶ Roosevelt, T. “Confession of Faith”, 6 de agosto de 1912 en “17 Works of Theodore Roosevelt”; sobre el período en el principio del siglo XX en relación con la institucionalización del antitrust ver Thorelli, H. “The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition”, ed. S. N. , Stockholm, 1954, pp.558-561 y la obra de Letwin, W. “Law and Economic Policy in America: the Evolution of the Sherman Antitrust Act”, ed. Edinburg U.P., 1967.

²⁷ Winerman, M. “The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, control and Competition” 71 Antitrust Law Journal 2003, pp.3-97; McCraw, T. “Prophets of Regulation”, ed. Belknap, Cambridge, Mass., 1984, pp.81-142, Torelli, H. “The Federal Antitrust...”, op. cit., p.411 – 421; Kintner, E. “The Legislative History...”, vol. II, op. cit., p.994.

²⁸ Sería interesante estudiar los debates en el Congreso con motivo la aprobación de la Federal Trade Commission Act en el contexto socio-político de los EEUU de aquel entonces: según Neale, A. D. (op. cit., pp.178-180) la creación de la FTC se puede ver asimismo como una consecuencia del compromiso de los que defendían la “lista negra” de conductas que se deberían incluir en la Ley y los que propugnaban la inclusión de fórmulas abiertas que se podrían concretar por un órgano especializado en

Commission Act se perseguía el fin de permitir la aplicabilidad de la normativa antitrust por un órgano administrativo debido al descontento generado por las interpretaciones judiciales excesivamente restrictivas²⁹ y a esto se añadía la debilidad y parcialidad del Departamento de Justicia en su política de investigaciones y sanciones, que acabó en una inseguridad jurídica³⁰. En la doctrina norteamericana existe la convicción que la creación de la FTC es consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo de los EE. UU. *Standart Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S.1 (1911)³¹, que por primera vez establece la rule of reason en el derecho antitrust norteamericano, y esta convicción está basada en las preocupaciones en aquella época de que los juzgados serán los “nuevos legisladores” y que interpretarán la ley o bien de una manera más amplia (en interés de los trusts) o bien de una manera más estrecha, creando obstáculos para el comercio y los acuerdos entre los fabricantes³². De este modo el proyecto de creación de una agencia administrativa recibió apoyo de tres grupos de intereses diferentes:

- en primer lugar de los que estaban en contra del “Big Business” y esperaban una restauración del sistema competitivo antes existente; ellos estaban a favor asimismo a la idea de crear normas más detalladas y precisas,
- la gente del mundo de los negocios estaba a favor de la creación de tal órgano administrativo por diferentes razones: por la necesidad de supervisión de las grandes corporaciones para sancionar los abusos; por motivos de seguridad jurídica: se tenía que saber qué actos eran ilegales y cuales eran lícitos y esto podía determinarlo con más exactitud un órgano administrativo; según estas opiniones la comisión no debía tener amplios poderes de regulación y publicidad,

materia de las prácticas anticompetitivas; ver asimismo Winerman, M. “The Origins of the FTC”, op. cit., pp.4 –5, donde se analizan las tres posturas contradictorias, expresadas en el Congreso: de F. Newlands, según quien había que autorizar la Comisión para aplicar una normativa general, de Hollis, H. que defendía la postura que había que establecer definiciones más precisas a seguir por este órgano y de Cummins, A., para quien la Sec. 5 de la FTC Act era solo un instrumento, pero no el medio más importante para que el Congreso dirija la política antitrust. Existe asimismo diferencia entre los objetivos, que los tres diputados ven como prioridades de esta nueva institución; se puede leer un comentario detallado sobre este tema asimismo en *Federal Trade Commission 75th Anniversary Symposium*, 58 *Antitrust L. J.* 797, 1989.

²⁹ Martín-Laborda, Antonio Robles, “Libre competencia y competencia desleal”, ed. La Ley, Madrid, 2001, p. 146.;

³⁰ Moreno Molina, A.M. “Aspectos institucionales de la defensa de la competencia”, en “Derecho Europeo de la Competencia”, Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Morales Limones, Pilar Blanco, ed. Constitución y Leyes, S. A., Madrid, 2000, p. 89.

³¹ Más tarde volveré sobre el tema del significado de la rule of reason para el derecho antitrust norteamericano con propósito de explicar el proceso decisorio de la FTC.

³² Winerman, M. “The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition” 71 *Antitrust Law Journal* 2003, pp.3-97; asimismo Areeda & Kaplow “Antitrust Analysis:...” op.cit., p.61.

- en tercer lugar algunos propugnaban la posibilidad de conceder licencias a las grandes corporaciones interestatales e incluir su régimen en el Federal Law y esto exigía la creación de una agencia gubernamental para autorizar³³ estas corporaciones.

A esto se añadía que los tres partidos políticos(Demócratas, Republicanos y Progresistas) estaban prácticamente a favor de la creación de tal órgano administrativo³⁴.

De este modo las **razones** que llevaron a un apoyo público unánime en la primera década del siglo pasado, llevaron a la creación de la FTC. Considero importante hacer algunas notas sobre la intención del Congreso para crear las normas e instituciones antitrust, porque este “congressional intent”, según la doctrina norteamericana, es la clave para la interpretación del derecho antitrust tanto por la FTC y la División Antitrust, como también por los juzgados.

En la opinión de Dirlam&Kahn³⁵ se dan dos principales causas para la regulación antitrust (y de aquí del establecimiento de instituciones antitrust por el Congreso):

A.Los controles se introducen con objeto de adecuar la situación al sentido de equidad y justicia en la sociedad, sobre todo protegiendo los derechos de los consumidores³⁶ y los demás competidores.Aquí no se trata solamente de un objetivo social, sino también económico, porque el crecimiento de la demanda lleva a la fabricación de mejores productos a precios más bajos.

B.Los controles se introducen para mantener el sistema de equilibrio(separación) de poderes³⁷(checks and balances) como base del funcionamiento del Estado norteamericano y con objetivo de asistir(por medio de normas e instituciones) este sistema de balance de poderes.En este caso el objetivo del regulador es minimizar la coerción mediante una política antitrust que debe ser flexible.

³³ Cushman, R. “The Independent Regulatory Commissions”, ed. Octagon Books, New York, 1972, pp.178-206 ;asimismo Federal Trade Commission 75th Anniversary Symposium, 58 Antitrust L. J. 797, 1989.

³⁴ Anderson, S. “Federal Trade Commission – What is It and What Does it Do?”,4 S. D. L. Rev.117, 1959.

³⁵ Dirlam&Kahn “Fair Competition:The Law and Economics of Antitrust Policy”, ed.Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1954, p.16.

³⁶ Según Adam Smith “la consumición es el único objetivo de la producción”, “The Wealth of Nations”, ed.Modern Library, Book IV, Chapter 8.

³⁷ Sobre este tema ver Dirlam&Kahn “Fair Competition: the Law and Economics of Antitrust Policy”, ed. Greenwood Press, Newport, Connecticut, 1970, p.17 y en general Breyer&Stewart “Administrative Law”, op.cit., p.33-66 y Fox, W. “Understanding Administrative Law”, 2ed., ed. Matthew Bender, New York, 1995, p.34.

Se ha de recordar que el concepto de separación de poderes describe un mecanismo específico, concediendo diferentes funciones a diferentes actores. Así según Madison³⁸ si el poder tiene por naturaleza la característica de expandirse debe ser efectivamente limitado al sobrepasar los límites correspondientes. Esto significaría controlar los tres poderes para asegurar una seguridad práctica de cada uno de ellos contra la invasión de los otros dos.

En el caso de las agencias independientes (como se va a apuntar más adelante en relación con la FTC), se trata de una forma de balance entre el Legislativo y el Ejecutivo, aunque garantizado por una concentración excesiva de funciones en un mismo órgano³⁹. Lawson señala que el Tribunal Supremo de los EE.UU. nunca ha cuestionado esta concentración de funciones en un mismo órgano en base a la doctrina tradicional de separación de poderes⁴⁰.

Es preciso hacer referencia asimismo a la tesis de Hylton⁴¹, según la cual la legislación antitrust es consecuencia de un compromiso de intereses. En esta dirección conducen asimismo las reflexiones de Ekelund, R. Jr., McDonald, M. y Tollison, R. “Business Restraints and the Clayton Act of 1914: Public or Private Interest Legislation?”⁴².

La variedad de doctrinas actualmente existentes sobre **los objetivos** del derecho antitrust es consecuencia de las diversas interpretaciones del “congressional intent” para la creación de las leyes e instituciones antitrust. Haré un breve resumen de estas doctrinas principalmente por dos razones: la primera razón es que cada una de ellas ofrece una perspectiva diferente para la interpretación de las normas antitrust, influyendo directamente sobre el proceso decisorio de la FTC (y asimismo de la División antitrust y los juzgados); la segunda razón es que algunas de estas doctrinas y más concretamente la que defiende la idea de la dispersión de poder como objetivo del derecho antitrust justifica la concesión de las diferentes facultades de la FTC que, desde los tiempos de su creación se han venido ampliando.

En primer lugar me voy a referir a la tesis de Thorelli, H.⁴³, según la cual en el año 1890 la legislación antitrust ha sido la proyección de la filosofía de la libre

³⁸ Madison, J. “The Federalist” N° 48, ed. The Modern Library, New York, 1787, pp.321- 325.

³⁹ Lawson, G. “The Rise and Rise of the Administrative State”, 107 Harv. L. Rev., 1231, 1994.

⁴⁰ Lawson, G. “Federal Administrative Law”, ed. West Publishing, St. Paul, Minn., 1998, pp.167- 168.

⁴¹ Hylton, K. “Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution”, ed. Cambridge Univ., 2003, pp.38 – 39.

⁴² En McChesney, F. y Shughart III, W. “The Causes...”, op.cit., p.273.

⁴³ Thorelli, H. “The Federal Antitrust Policy”, ed. Nordest Forlag, Stokholm, 1954, p.227.

competencia sobre la política pública, en sentido que si se eliminasen los obstáculos monopolísticos en la industria, la libre competencia empezaría a funcionar automáticamente *ex definitione*.

Según otros autores, entre los cuales Lande, R.⁴⁴ y Bork, R.⁴⁵ la visión dominante en el Congreso en aquel entonces ha sido prevenir una “injusta” transferencia de beneficios de consumidores a productores. La finalidad de la política antitrust se acepta como protección del bienestar de los consumidores (precios más bajos y alta calidad de los productos).

En palabras de Millon, D. la creación de enormes empresas de posición dominante en la industria se veía como una amenaza para las instituciones democráticas. Esta visión se relaciona con la idea de dispersión del poder como objetivo del derecho antitrust (y de la política de las instituciones antitrust). – Hofstadter, R.⁴⁶.

Fox, E.⁴⁷ afirma, que la intención del Congreso ha sido asegurar la posibilidad de que los individuos y las empresas compitan en una igualdad de oportunidades.

En el derecho norteamericano se ha sostenido unánimemente que las políticas de defensa de la competencia y de defensa de los consumidores y usuarios tienen una finalidad, la maximización de la eficiencia que lleva a la maximización del bienestar de los consumidores y usuarios⁴⁸. Esta teoría utilitarista fue aceptada en la actualidad por

⁴⁴ Lande, R. “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged”, 34 Hastings L. J. 65, 1982.

⁴⁵ Bork, R. “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, 9 J. L. & Economics 7, 1966.

⁴⁶ Hofstadter, R. “What Happened to Antitrust Movement?” en “The Paranoid Style in American Politics and Other Essays”, ed. Knopf, New York, 1965, pp. 205-210. Según otros autores se trata de objetivos político-económicos - “dispersar el poder económico” - Shenefield, J. y Stelzer, I. “The Antitrust Laws: A Primer”, ed. AEI Washington, 1998 y Amato, G. “Antitrust and the Bounds of Power: the Dilemma of Liberal Democracy in the History of Power”, ed. Hart Publishing, Oxford, 1997, p. 97; según Fernández Ordóñez “para los norteamericanos la competencia no es sólo un medio para conseguir que funcionen mejor los mercados, sino que es un fin en sí mismo”: se trata de la filosofía de evitar la acumulación de poder en unos pocos. “El objetivo es reducir el poder de algunos, aumentando la competencia e impedir el monopolio no sólo por razones de que la economía así funcionara mejor, sino para evitar una concentración de poder excesiva”. No eran los efectos de la competencia económica lo que preocupaba más en los EEUU, puesto que, en ese mismo año de 1890, en que se aprobó la Ley Sherman, el Congreso aprobó también una ley proteccionista, la Ley McKinley, por la cual se elevaban sustancialmente los aranceles. Mejorar la eficiencia a través de la competencia interna, no era el principal objetivo que se buscaba con la legislación antimonopolios, sino impedir la concentración de poder. - Fernández Ordóñez, M. A. “La competencia”, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 20 – 21. Considero que para entender los objetivos y el funcionamiento de la FTC es importante conocer las razones para la creación de las leyes antitrust y las instituciones de defensa de la competencia y es conveniente aceptar la perspectiva de Amato y Fernández Ordóñez.

⁴⁷ Fox, E. “Industrial Concentration and the Market System: Legal, Economic, Social and Political Perspectives”, ed. ABA, Chicago, 1979.

⁴⁸ En este sentido ha sido el discurso del Senador Sherman que se pronunció a favor de su propuesta de Ley, que es destinada a “prevenir y controlar las combinaciones hechas con el propósito de prevenir la competencia o para restringir el Mercado, o para incrementar los beneficios del productor, incrementando, al mismo tiempo, los costes del consumidor” (“to prevent and control combinations made

la Escuela de Chicago: la maximización de la eficiencia como único fin del derecho antitrust está aceptada unánimemente por la jurisprudencia estadounidense⁴⁹(Posner, R.⁵⁰).

Esbozando algunas de las doctrinas citadas, Kovacic, W.⁵¹ ofrece asimismo una interpretación de este tema por la escuela de la Public Choice, según la cual el Congreso ha creado la FTC y otras instituciones reguladoras de la “Progressive Era” para servir a los intereses de los círculos de negocios. Se considera que la obra de Kolko, G. “The Triumph of Conservatism”(1963) y su análisis de la creación de la FTC y ICC ha dado el origen a la “teoría de las capturas”.

Una visión contemporánea ofrece May, J.⁵², que, analizando los objetivos señalados, llega a la conclusión que el Congreso no ha perseguido un único objetivo, creando leyes e instituciones antitrust y que su intención ha sido “multidimensional”: la Sherman Act ha sido aprobada para restablecer el equilibrio y el orden social, político y económico existente antes de la industrialización y para suprimir la creación de grandes organizaciones industriales, que han amenazado con romper los pilares de este orden. En la tesis de May la mayoría de los objetivos del derecho antitrust que hoy se cree que están en conflicto, prácticamente se refuerzan mutuamente y están subordinados a dicho objetivo. May y Hovenkamp⁵³ afirman que los creadores de las leyes e instituciones antitrust han perseguido todos los objetivos citados (prevenir la distribución injusta de la riqueza, la eficiencia económica, ofrecer una igualdad de oportunidades, la dispersión del poder) a la vez, sin considerar que existen controversias entre ellos⁵⁴: se puede resumir que no existe objetivo dominante, sino una jerarquía de objetivos y subobjetivos, preestablecida por el Congreso y considero que la tarea de las agencias antitrust es identificar, seguir y aplicar esta jerarquía, en que la idea de dispersión del

with a view to prevent competition or for the restraint of trade or to increase the profits of the producer at the costs of the consumer”- cit. por Morgan, T., “Modern Antitrust Law and its Origins”, op. cit, p.114

⁴⁹ Martín Laborda, A. R. “Libre competencia y competencia desleal”, ed. La Ley, Madrid, 2001, p. 89.

⁵⁰ Posner, R. “Antitrust Law: an Economic Perspective”, op. cit., p.vii.

⁵¹ Kovacic, W. “Comments and Observations – the Sherman Act”, 59 Antitrust L. J. 115, 1990.

⁵² May, J. “The Role of the States in the First Century of the Sherman Act”, 59 Antitrust L. J. 93, 1990.

⁵³ Hovenkamp, H. “Antitrust Policy, Federalism, and the Theory of the Firm: an Historical Perspective”, 59 Antitrust L. J. 75, 1990.

⁵⁴ Según Shenefield & Stelzer “The Antitrust Laws...”, op.cit., p.12, los conflictos entre objetivos políticos y económicos surgen raras veces en la práctica: la prevención del poder monopolístico contribuye al bienestar del consumidor y responde al objetivo socio-político de dispersar el poder económico. Los dos autores consideran que cuando los objetivos sociales y económicos están en conflicto, prevalecen los objetivos económicos. Considero que las agencias antitrust en su proceso decisorio en la gran parte de los casos buscan un compromiso de objetivos, de acuerdo con una jerarquía determinada.

poder⁵⁵, de equilibrarlo y de prevenir su concentración en un centro determinado⁵⁶, ocupa un nivel principal.

Como se ha enfatizado, el problema de los objetivos en derecho de la competencia es importante para el proceso decisorio de la FTC y la División Antitrust. Se trata de entender cómo funciona el mercado y qué objetivos debe elegir la agencia para su propio funcionamiento. Este problema se relaciona directamente con el estándar⁵⁷, empleado en el proceso decisorio de la FTC y los juzgados-la rule of reason o per se rule⁵⁸. Además, es obvio que para medir la razonabilidad de un acuerdo restrictivo a la competencia de acuerdo con la rule of reason, habrá diferencia si se elige la perspectiva de eficiencia económica, redistribución de la riqueza o dispersión de poder (pudiendo ser asimismo un objetivo “mixto”: por ej. eficiencia y descentralización de poder). A esta misma línea de conclusiones conducen las reflexiones de Joliet, R.⁵⁹, según quien para la rule of reason se dan dos interpretaciones teóricas contradictorias, según la perspectiva de los objetivos de la agencia antitrust:

De acuerdo con la primera teoría, la rule of reason debe requerir una investigación si las prácticas restrictivas bajo ciertas circunstancias pueden servir al interés público mejor que la libre competencia. En este caso la razonabilidad se relaciona

⁵⁵ Ver Hofstadter, R. “What Happened to the Antitrust Movement?” en Areeda&Kaplow “Antitrust Analysis”, ed. Little, Brown and Co., Boston, 1988, pp.54 – 55: En la tesis de Hofstadter, analizando la estadística de Eliot, C., algunas corporaciones eran demasiado poderosas y podían dominar los poderes políticos de los estados, y, llegando a acuerdos entre ellas, podrían dominar el gobierno federal. Así se quería detener la concentración de poder para no destruir el gobierno democrático.

⁵⁶ Vease en este sentido el discurso del Senador Sherman, Congressional Record, 21st Congress, 1st Session, 1890, p.2457; Seplaki, L. “Antitrust...”, op.cit., p.11.

⁵⁷ Ver en este sentido Areeda&Kaplow “Antitrust Analysis...”, op.cit., p.52.

⁵⁸ Se ha de recordar que la rule of reason ha sido establecida por primera vez en la sentencia *Standart Oil Co. of New Jersey v. U. S.* 221 U. S.1, 1911, donde el Juez White establece la definición de “restricción del comercio” de la Sherman Act. La competencia ha sido declarada objetivo de la Ley para convertirla en un factor regulador del sistema económico. Las interpretaciones tempranas de la Sherman Act dejan en manos del juez la interpretación de “restricción del comercio”, de tal modo que la razonabilidad de la conducta debe medir su legalidad, así que es necesario probar no solamente la existencia del acuerdo, sino asimismo sus efectos anticompetitivos. Con el transcurso del tiempo, basándose en su experiencia, los juzgados han decidido que algunos tipos de conductas como fijación de precios (*U. S. v. Trans Missouri Freight Assoc.*, 166 U. S. 290, 1897), división del mercado (*U.S. v. Addiston Pipe& Steel Co.*, U. S. Court of Appeals, 6th Cir.1898, 85 Fed.271), fusiones con efecto anticompetitivo (*Northern Securities Co. v. U. S.*, 193 U. S.197, 1904), abuso de posición dominante – monopolización (*Standart Oil Co. of New Jersey v. U. S.* 221 U. S.1, 1911), siempre restringen la competencia y son ilegales “per se”. En este caso sólo es necesario probar la existencia del acuerdo y no sus efectos anticompetitivos, aunque la regla “per se” no excluye la posibilidad del acusado de justificar la práctica por aportar beneficios a los consumidores - en esta línea ver Gellhorn, E. “Antitrust and Economics in a Nutshell”, ed. West Publishing, Minn., 1981, p.25; Areeda&Kaplow “Antitrust Analysis”, op.cit., p.188 y ss.; Holmes, W. “Antitrust Law Handbook”, ed. CDC, Darfeeld, 1994, pp.206-207, Dirlam&Kahn “Fair Competition...”, op.cit., pp.45-49.

⁵⁹ Joliet, R. “The Rule of Reason in Antitrust Law”, ed. Martinus Nijhoff, La Haye, 1967, pp.3.4; ver asimismo Handler, H. “A Study of the Construction and Enforcement of the Federal Antitrust Laws”, TNEC Monogr.38, 1941.

directamente con la racionalidad del acuerdo y con la discrecionalidad de la agencia o el juzgado y se extiende hasta la determinación de los efectos económicos y sociales del acuerdo. Esta doctrina del “interés público” como base de la rule of reason en el derecho antitrust puede convertir la rule of reason en justificación de cualquier restricción de la competencia: nótese, además, que en este caso el “interés público” es un concepto indeterminado y que el análisis debe determinar los intereses de los consumidores y los productores y que un mismo agente de mercado en la mayoría de los casos es consumidor y productor a la vez.

La teoría que ha encontrado más apoyo en la doctrina norteamericana es que la rule of reason participa en el esquema de la construcción de la Sherman Act y es la regla que determina el intento del Congreso de convertir la competencia en base de su política. En este caso la investigación se limita a determinar si una práctica tiene efecto competitivo o no. Aquí la discrecionalidad de la agencia o el juez se extiende hasta determinar la importancia de la restricción. Para Joliet la regla “per se” entra en juego cuando están excluidas todas las justificaciones de la conducta.

Se puede sugerir una tercera visión, muy parecida a la anterior: las agencias cambian su estándar en el proceso decisorio de acuerdo con un cambio en la perspectiva y coordinación de objetivos que se han elegido y este cambio en la perspectiva es indispensable, porque el mercado y la sociedad evolucionan rápidamente y las agencias tienen que adecuar sus métodos a esta evolución⁶⁰. Así, el período de la rule of reason en el derecho antitrust norteamericano (1915-1939) fue seguido por el período de la aplicación del estándar per se (1940- 1974)⁶¹. Durante este período la doctrina es estática: se intenta controlar las prácticas ilegales, evitar prohibiciones de prácticas que pueden ser pro-competitivas y “simplificar” los casos “antitrust” con el riesgo de que esto pueda llevar a una estrechez no deseada en las interpretaciones. En la época moderna del antitrust (entendida a partir del año 1974) se sigue la aplicación del estándar “per se”, pero completado por el estándar de razonabilidad (aunque, como se verá a continuación, la doctrina no es unidireccional): se considera que si se introduce únicamente el estándar “per se”, esto llevaría a una estrechez en las interpretaciones del

⁶⁰ Además, en el H.P. Report 1142, 64d Congress, 2d Session 19, 1914, se puede leer que “es imposible establecer definiciones que puedan enmarcar todas las prácticas anticompetitivas. En este área no existen límites de las invenciones humanas.”

derecho antitrust y la aplicación únicamente del estándar de razonabilidad crearía inseguridad para las empresas. En la sentencia *Professional Engineers*, 435 U. S. 679(1978) se enfatiza que las dos reglas son complementarias entre sí, reemplazando los razonamientos de otra sentencia- *Continental T. V. , Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U. S. 1(1977), según que la rule of reason prevalece como estándar de análisis en los casos antitrust y “per se” se limita exclusivamente a prácticas que tienen efecto dañino y no aportan ningún beneficio para la libre competencia⁶².

A continuación considero importante hacer una breve referencia a la regla de la razón flexible que actualmente es base del proceso decisorio de la FTC y los juzgados.

Se considera que los dos estándares contribuyen para evitar la acumulación de errores de las agencias antitrust y los juzgados. Estos errores pueden ser errores positivos (declarar ilegal una práctica lícita) o errores negativos (cuando la conducta ilegal es exculpada). De este modo según algunos autores de la Escuela de Chicago hay que elegir la regla que minimiza la suma de los errores positivos y negativos – la rule of reason flexible, minimizando asimismo los costes del proceso decisorio⁶³. Además de la minimización de los costes de los errores, la regla de la razón flexible se caracteriza con el ahorro de costes administrativos y judiciales, estableciendo un proceso decisorio flexible y creando, cuando las condiciones del caso concreto lo permitan, un modelo simplificado del mercado, tomando en consideración solo los factores relevantes⁶⁴.

Es conveniente hacer, además, algunas notas, también breves, sobre la influencia de las ideas de la Escuela de Chicago y Post – Chicago sobre la perspectiva de los

⁶¹ Para un análisis más detallado de estos períodos ver Morgan, T. “Modern Antitrust Law and its Origins”, ed. West Publishing, Minn., 1994, pp.33 -800, Areeda&Kaplows “Antitrust Analisis...”. Op. Cit, pp.200-275 y Letwin, W. “Law and Economic Policy...”, op. Cit, p.96.

⁶² Un comentario de estos asuntos se puede encontrar en Arthur, T. “A Workable Rule of Reason: a Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts”, 68 Antitrust L. J. 337,2000.

⁶³ Tom, W. y Pak, C. “Toward a Flexible Rule of Reason”, 68 Antitrust L.J.391, 2000;Murriss, T. “The New Rule of Reason”, 57 Antitrust L. J. 858, 1989;Beckner, C. y Salop, S. “Decision Theory and Antitrust Rules”, 67 Antitrust L. J.41, 1999 y Posner, R. “Economic Analisis of Law”, 5ed., ed.Aspen Law and Business, New York, 1998, p.241.

⁶⁴ Se dan dos variantes contradictorias: o bien un análisis concreto, considerando todos los factores como en el caso de *Chicago Board of Trade v. U. S.*, 246 U. S. 231, 1918 o conformarse con un modelo simple del mercado, sin considerar las contradicciones de la realidad en todos sus aspectos, porque se considera que el cambio significativo de los factores solo afecta el mercado a corto plazo, y, además hay que considerar solo los factores relevantes- Simon, H. “Administrative Behavior”, cit .por Tom, W. y Pak, C. “Toward a Flexible...”, op.cit., pp.398-399. Algunos autores contemporáneos llegan a la idea del así llamado “quick look” como un instrumento importante del análisis antitrust, cuando se emplea la rule of reason.Se considera que el quick look debe ser empleado solamente a conductas reactivas de precios que tengan obvios efectos adversos (directos), sin estudiar detalladamente el mercado.En contra de esta visión ver Neese, A. “Farewell to the Quick Look:redefining the Scope and Content of the Rule of Reason”, 67 Antitrust L J., 1999.

objetivos antitrust, los estándares de decisión y el proceso decisorio de la FTC y los juzgados.

La actividad de la FTC y los juzgados ha sido influida por la Escuela de Chicago en dos aspectos:

En primer lugar, por la creencia de que el único propósito del antitrust es la maximización del bienestar del consumidor(Bork⁶⁵) y de aquí la maximización de la eficiencia(Posner⁶⁶).

En segundo lugar por los intentos de explicar los efectos procompetitivos de prácticas anteriormente aceptadas como anticompetitivas⁶⁷, considerando que los errores positivos de las agencias antitrust entorpecen más el proceso competitivo que los negativos. Se ha afirmado que hay que buscar esquemas y modelos más simples y reglas de legalidad per se de conductas⁶⁸.

En la era de Post-Chicago el objetivo eficiencia no se ha reemplazado, pero se ha intentado superar la búsqueda de esquemas simples, aplicando la teoría de los juegos a varios supuestos de conductas y estableciendo unos modelos de comportamiento del mercado, diferentes de los establecidos por la Escuela de Chicago. Los representantes Post-Chicago consideran que los errores negativos de las agencias tienen más efectos adversos sobre el proceso competitivo que los positivos⁶⁹.

En relación con la elección de objetivos y el proceso decisorio de la FTC se puede resumir, que el análisis jurídico y económico no siempre puede ofrecer una solución única y “justa”: es difícil aceptar que en un asunto concreto se puede desglosar toda la actividad económica de una empresa y todas sus relaciones con los consumidores y competidores para determinar las consecuencias a corto y largo plazo. Así, el punto de partida, cuando se empieza a enjuiciar un asunto antitrust tiene que ser el intento de mejorar las condiciones de mercado, considerando adecuadamente los elementos relevantes al caso y los intereses en juego, tomando en consideración los intereses de los consumidores.

En este contexto es importante aclarar que la ley original (Sherman Act) trataba solamente las prácticas anticompetitivas –“unfair methods of competition”- mientras

⁶⁵ Bork, R. “The Antitrust Paradox: Policy at War with Itself”, ed. Free Press, New York, 1993, p.7.

⁶⁶ Posner, R. “Antitrust Law: an Economic Perspective”, op.cit., p.4.

⁶⁷ Telser, L. “Why Should Manufacturers Want Free Trade”, 3 L. J. & Ec. 86, 1960.

⁶⁸ Posner, R. “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality”, 48 U. Chi. L. Rev. 623, 1981 y Bork, R. “The Antitrust Paradox”, op.cit, p.262.

⁶⁹ Ver en general Hylton, K. y Salinger, M. “Tying Law and Policy: a Decision-Theoretic Approach”, 71 Antitrust L. J., 2003.

que la prohibición de actos o prácticas de competencia desleal – “unfair or deceptive acts or practices”– fue añadida en el año 1938 (a través de las Wheeler – Lea Amendments de la FTC Act) después de varias afirmaciones de la Federal Trade Commission en el sentido de que las prácticas anticompetitivas incluían los actos de publicidad engañosa y otras prácticas de competencia desleal. Se ha de recordar una vez más que en el derecho norteamericano se ha sostenido mayoritariamente que las políticas de defensa de la competencia y de defensa de los consumidores y usuarios tienen una importante finalidad⁷⁰, la maximización de la eficiencia que lleva a la maximización del bienestar de los consumidores⁷¹. Esto permite llegar a la conclusión de que era lógico conferir a un órgano administrativo el desarrollo de la política pública y las facultades normativas, ejecutivas y la potestad de resolución de conflictos en dichas materias. Además, por la importancia de la problemática de defensa de la competencia y de defensa de los consumidores en relación con sus objetivos, este órgano debería de tener un lugar específico en el esquema de equilibrio de poderes (checks and balances).

Como el propósito de este trabajo es hacer una comparación genérica de las instituciones de defensa de la competencia, analizando los distintos ordenamientos jurídicos, sólo se van a mencionar las pautas más importantes en relación con las tareas de la Federal Trade Commission en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

II. ORGANIZACIÓN DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION COMO AGENCIA INDEPENDIENTE : LA AUTONOMÍA ORGÁNICA Y FUNCIONAL.

Como es sabido en el derecho norteamericano no existen las mismas relaciones de jerarquía, subordinación e instrumentalidad propias de la Administración en el

⁷⁰ Apuntaré una vez más que me parece cierto que estas dos finalidades en general no entran en conflicto con los objetivos de las agencias antitrust, anteriormente expuestos, sino que ocupan lugares importantes en la jerarquía de objetivos de las agencias antitrust y los juzgados.

⁷¹ En este sentido ha sido el discurso del Senador Sherman que se pronunció a favor de su propuesta de Ley, destinada a “prevenir y controlar las combinaciones hechas con el propósito de impedir la competencia o restringir el Mercado, o para incrementar los beneficios del productor, incrementando, al mismo tiempo, los costes del consumidor” (“to prevent and control combinations made with a view to prevent competition or for the restraint of trade or to increase the profits of the producer at the costs of the consumer”- cit. por Morgan, T. “Modern Antitrust Law and its Origins”, op. cit, p.114.

Derecho Continental. La administración se efectúa por Agencias⁷² que ocupan un lugar específico en el sistema de separación de poderes en relación con su autonomía y funciones⁷³. De este modo se distinguen dos tipos de Agencias: Executive Agencies e Independent Agencies⁷⁴. La diferencia fundamental entre unas y otras es que las Executive Agencies⁷⁵ se localizan en el Poder Ejecutivo y son los órganos ejecutivos del Presidente⁷⁶ quien puede cesar a sus funcionarios⁷⁷, aunque el Congreso las crea y es el órgano que realiza el control sobre ellas, mientras que la “independencia” en su sentido más amplio significa que las Independent Agencies están fuera del Legislativo y Judicial con cierta independencia respecto al Ejecutivo, quedando en la organización jurídica del Ejecutivo. Además las Independent Agencies ejercen competencias normativas, ejecutivas y cuasi-judiciales y de este modo ejercen conjuntamente los tres poderes públicos⁷⁸. Estas peculiaridades de las agencias independientes determinan su composición colegiada (5 o 7 comisarios), mientras que cada Departamento está dirigido por una persona que responde directamente ante el Presidente. En una gran parte de los casos el director del Departamento Ejecutivo es un político que carece de una profunda

⁷² Según la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo), “Agencia” es “cada una de las autoridades públicas de los Estados Unidos, aún cuando esté encuadrada en o bajo la supervisión (o tutela) de otra Agencia, pero no incluye: a) el Parlamento; b) los Tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica; c) la Administración de los territorios o posesiones de los Estados Unidos de Norteamérica; d) la Administración del Distrito de Columbia; e) la Agencias compuestas por representantes de quienes son partes en las disputas que aquéllas resuelven; f) los Tribunales de las Comisiones marciales; g) la autoridad militar ejercida en tiempo de guerra o en territorio ocupado” – 5 USC 551; trad. de Moreno Molina, A.M. “La administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, ed. Universidad Carlos III: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 31. El mismo autor expone también una de las definiciones doctrinales de “Agency”: agencia es “una autoridad pública, distinta de un tribunal o de un órgano legislativo que afecta a los derechos de personas privadas a través de actos singulares o disposiciones de carácter general” (K. C. Davis). En la tesis de Schwartz, B. “Administrative Law”, ed. Little, Brown & Co., Boston, 1991, p. 4, cualquier órgano fuera del Legislativo y Judicial es agencia administrativa; ver asimismo Lawson, G. “Federal Administrative Law”, op.cit., pp.1-4; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.45.

⁷³ En general ver Schwartz, B. “Administrative Law”, ed. Little, Brown & Co., Boston, 1991, pp.3-6.

⁷⁴ Para las discusiones en la doctrina respecto a las dos clases de entes en relación con su autonomía ver Davis, K. C. y Pierce, R. “Administrative Law Treatise”, 3ed, 1994; ver asimismo Lawson, G. “Administrative Law”, op. cit., p.7.

⁷⁵ La Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) define las Executive Agencies como cualquier departamento ejecutivo, corporación gubernamental o establecimiento independiente (“independent establishment”) (5 USC 105) – se consideran unánimemente Executive Agencies los departamentos ministeriales y militares como también las empresas públicas – Salvador Martínez, María, “Las Autoridades Independientes”, ed. Ariel, Barcelona, 2002, p. 110.

⁷⁶ Según el art. II de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, al Presidente corresponde “la ejecución correcta de las leyes”.

⁷⁷ Lo que garantiza la coordinación y coherencia de la actividad y política de estos Departamentos con la política del Presidente: ver Myers v. U. S., 272U.S.52(1926).

⁷⁸ Salvador Martínez, M., “Las Autoridades Independientes”, ed. Ariel, Barcelona, 2002, p.112 ; Davis, K. C. y Pierce, R. “Administrative Law Treatise”, Little Brown and Co., Boston, 1994, p. 126; Schwartz, B. “Administrative Law”, 3ed.,ed.Little, Brown and Co, Boston 1991, p.16; Fox, W. “Understanding...”,

especialización en el área que le corresponde. La consecuencia es una subdelegación excesiva.

1. LA FEDERAL TRADE COMMISSION COMO AGENCIA INDEPENDIENTE.

La FTC es una de las nueve Comisiones Reguladoras Independientes⁷⁹, que realizan importantes tareas en la organización y la ejecución de la política pública de los EE. UU. La FTC realiza actividades en diferentes campos, combinando facultades ejecutivas, legislativas y judiciales⁸⁰, como premisa de una lucha efectiva contra el poder económico.

En relación con lo antes expuesto la creación de la Federal Trade Commission como agencia reguladora independiente⁸¹ se justifica por las siguientes razones:

1) La necesidad de imparcialidad y neutralidad política para evitar una excesiva concentración de poder en el Ejecutivo⁸². Se trata de funciones reguladoras en el sector del comercio y los mecanismos propios para la toma de decisiones políticas no siempre son adecuadas para la toma de decisiones económicas⁸³. Se sostiene que la política del Gobierno puede ser eficaz a corto plazo y para la regulación del comercio se necesita

op. cit., p.65; alguna vez el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica las cualificó como “cuarto poder” (Federal Trade Commission v. Ruberoid Co. 343 US 470, 488-489 (1981)).

⁷⁹ Civil Aeronautics Board, Federal Communications Commission, Federal Maritime Commission, Federal Reserve Board, National Labor Relations Board, Nuclear Regulatory Commission, Federal Energy Regulatory Commission, Securities Exchange Commission, Federal Trade Commission.

⁸⁰ Vease la sentencia Humphrey Executor v. U. S., 295 U. S. 602(1935).

⁸¹ No existe una definición doctrinal unánime sobre las Independent Agencies. El profesor Moreno Molina propone un concepto de éstas que se va a tener en cuenta también adelante en el presente estudio. Según este concepto se trata de un tipo de ente administrativo que:

- 1) Está dotado de las potestades reglamentaria, resolutoria y de ejecución para el desarrollo de la función de regulación.
- 2) Está gobernado por un órgano directivo de naturaleza colegiada cuyos miembros:
 - 2.1) son nombrados por el Presidente con la ratificación del Senado.
 - 2.2) no pueden ser separados discrecionalmente por el Presidente.
 - 2.3) desempeñan sus cargos normalmente de duración mayor que el propio mandato presidencial generalmente de manera escalonada, renovándose por partes (staggered terms)
- 3) Está excluido de los mecanismos presidenciales de supervisión y coordinación de la actividad de regulación, que han sido establecidos en virtud de la Orden Ejecutiva

– Moreno Molina, A. M. “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, op. cit., p. 89-90.

⁸² Ver el comentario de Lawson, G. “Federal Administrative Law”, op.cit., pp.142-143 de la sentencia Humphrey’s Executor. El argumento de evitar una excesiva concentración de poder en manos del Presidente es importante, pero por otro lado, como se verá más adelante, la influencia del Presidente sobre las agencias independientes, incluida la FTC, se ha ampliado sucesivamente. Betancor Rodríguez, A. considera que la independencia respecto al Gobierno es relativa: “Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos” en Arana Muñoz, J. R. (dir) “La Administración pública española”, ed. INAP, Madrid, 2002, pp.509 –619.

asegurar una continuidad en la política pública. Además es una materia relacionada con los derechos de los ciudadanos (la protección de los consumidores y usuarios) y la independencia es una garantía más de estos derechos.

Además, como afirma Demsetz⁸⁴ se ha podido notar que el crecimiento del aparato administrativo ofrece condiciones para respaldo de los intereses de grupos de intereses especializados; la creación de una agencia independiente podría evitar este efecto⁸⁵.

2) La experiencia y la pericia desarrolladas por una organización especializada: se trata de un órgano cualificado de expertos en la materia. Se ha puesto énfasis en el hecho de que la especialización y la actividad continuada genera un conocimiento cada vez mayor con la investigación de los problemas específicos y todo ello lleva a un incremento de la eficacia⁸⁶. Existe también la teoría (desarrollada por el progressive movement) que la especialización técnica fomenta la profesionalización y ésta genera una dinámica corporativa que puede proteger las Independent Agencies de las presiones de carácter público o privado⁸⁷.

3) La colegialidad del órgano directivo: según Paul Verkuil⁸⁸ “la decisión colegiada expresa opiniones compartidas en vez de ukases terminantes”. Además la colegialidad es una garantía más contra las capturas políticas y de intereses de la FTC.

4) La incapacidad de las estructuras ordinarias de los Poderes Públicos para satisfacer las necesidades de la regulación económica: los procedimientos son más rápidos y flexibles en comparación con los procedimientos de los órganos ejecutivos o judiciales.

Se podría generalizar que ante la crisis del modelo institucional establecido en un principio (Department of Justice), el Congreso procedió a establecer una Agencia Independiente, a semejanza de la Interstate Commerce Commission que, creada unos años antes para el sector del transporte, había llevado a cabo una admirable labor de intervención, ordenación y supervisión⁸⁹. De este modo, por medio de la Federal Trade

⁸³ Ver Fernández Ordóñez, M. A. “La competencia”, op. cit., p.115.

⁸⁴ Demsetz, H. “La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos”, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p.101.

⁸⁵ En contra, en relación con la defensa de la competencia es interesante el comentario de Weaver, S. “Decision to Prosecute”, ed. MIT Press, Cambridge, 1977, pp.173-174.

⁸⁶ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op.cit., p.111.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ Moreno Molina, Á. M., “Aspectos institucionales del derecho la competencia”, op.cit., p. 432.

⁸⁹ *Ibíd.*

Commission Act, se ha creado una agencia con capacidad jurídica propia que forma parte del Poder Ejecutivo, pero que en el sistema de los órganos del Estado se sitúa en un lugar específico entre el Congreso y el Presidente⁹⁰ y de este modo se asegura el equilibrio de poderes. Este equilibrio, como se verá más adelante, se garantiza por medio de una variedad de mecanismos para asegurar la coordinación con el Legislativo y el Ejecutivo.

2. RELACIONES CON EL CONGRESO.

Los miembros de la Federal Trade Commission (es decir, los miembros de su órgano colegiado de dirección) son nombrados por el Presidente con la aprobación del Senado “with the advice and consent of the Senate” (15 USC 41). No se debe olvidar que la creación de las Agencias Independientes en general ha sido una estrategia política del Parlamento para evitar que se desarrolle un Poder Ejecutivo fuerte en el que todo el poder de “ejecutar” las leyes se acumulara en manos del Presidente. De este modo, el Congreso ejerce una influencia poderosa sobre las Agencias Independientes (incluida la Federal Trade Commission) porque:⁹¹

- la Federal Trade Commission fue creada por ley, el Congreso aprueba su estatuto y sus miembros están ratificados por el Senado⁹².
- en el caso del nombramiento y la renovación de los vocales, al confirmar la propuesta del Presidente, el Senado controla la orientación de la política pública que se llevará a cabo por los candidatos.
- no se debe olvidar que el Congreso puede modificar el régimen jurídico o incluso disolver la Federal Trade Commission.
- el Congreso ejerce el veto legislativo sobre los reglamentos, dictados por la FTC⁹³.

⁹⁰ Algunos, basándose en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Federal Trade Commission v. Ruberoid Co.* 343 US 470, 488-489, 1981 afirman que las Agencias Independientes se sitúan como un “cuarto poder” entre el Congreso y el Presidente.

⁹¹ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op.cit., p. 125.

⁹² De acuerdo con la sentencia *Bevans v. Industrial Commission* 790. P. 2d 573, 576, las Agencias son “criaturas” del Legislativo; ver asimismo Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.10.

⁹³ Sobre este tema ver Breyer&Stewart “Administrative Law”, op.cit., pp.92-93; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.40-44 y las sentencias *FTC v. Gratz* 253 U. S.421, 427, 1920 y *Sears Roebuck&Co. v. FTC*, 258 F 307(7th Cir. 1919).

- debe destacarse también la posible influencia de las comisiones parlamentarias⁹⁴ y de los congresistas a título individual o a instancia de sus representantes.
- hay que poner énfasis en el control parlamentario sobre la Federal Trade Commission (un aspecto importante que se va a estudiar más adelante en el trabajo).
- el Congreso aprueba el presupuesto de la Federal Trade Commission y los proyectos a que se va a destinar (este aspecto de control por parte del Congreso se va a estudiar más adelante). Es importante en este plano la actividad de la General Accounting Office.

Una vez esbozadas las principales notas que caracterizan las relaciones sustantivas de la FTC con el Congreso, es preciso apuntar, que el control legislativo se establece por la imposibilidad del Congreso de establecer en general, para todos los casos, reglas exactas o detalladas para determinar las prácticas dañinas para la competencia. Se trata de unas condiciones de constante cambio, que no pueden entrar fácilmente en un marco normativo, establecido por el Congreso. Y aunque sea posible a veces encontrar estándares económicos inteligibles para identificar las situaciones restrictivas a la competencia, el Congreso no podría establecer un marco legal general, porque a veces el balance de las fuerzas políticas o el juego de intereses no permite establecer una legislación más precisa⁹⁵.

Es importante destacar, que los programas de la FTC deben de responder a las directrices, trazadas por el Congreso: en palabras de Cushman siempre se ha esperado, que la agencia, va a cumplir estos objetivos, aunque está claro, que la autoridad, que investiga las “corporaciones industriales gigantes” llevará una carga política y por medio de su actividad (investigación de estas corporaciones) podrá enfrentar y contraponer poderosas fuerzas políticas. En algunos casos, cuando la FTC ha llevado a cabo investigaciones sin la aprobación expresa del Congreso, no ha podido afrontar una

⁹⁴ Ver en este contexto Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.38-39.

⁹⁵ En este sentido ver Areeda&Kaplow “Antitrust Analysis...”, op.cit., p.6 y Kerwin, K. “Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy”, ed. CQ Press: A Division of Congressional Quarterly Inc, Washington D.C., 1994, p.32.

fuerte oposición política.⁹⁶En esta misma línea Kovacic ofrece el ejemplo de la restricción de varios programas de la FTC en el año 1980⁹⁷.

De este modo se puede resumir, que los programas de la FTC tienen que responder a las preferencias políticas del Congreso: el Legislativo ha otorgado amplios poderes a la FTC, pero vigilando el cumplimiento de los objetivos que se han establecido. La relación Congreso- FTC se puede aceptar como una relación principal-agente⁹⁸, donde el Congreso (el principal) controla de cerca la política y las actividades, realizadas por la FTC, por medio de una variedad de instrumentos y este control se puede caracterizar como fuerte e intenso.

3. RELACIONES CON EL PRESIDENTE.

La FTC es una autoridad administrativa, creada por el Congreso con el propósito de realizar una tarea específica y por esta razón no puede ser un instrumento en manos del Ejecutivo y en los límites de su Estatuto queda libre de su control. En principio los objetivos de creación de una Agencia Independiente y la concentración de funciones en la misma bajo el control del Congreso, excluyen el control presidencial ilimitado. A pesar de esto desde los años –70, como se verá más adelante en relación con el control sobre la FTC, los controles presidenciales se han venido aumentando, lo que se puede aceptar asimismo como un resultado de la ampliación de las facultades de algunas Agencias Independientes como la FTC.

Así, el Presidente mantiene una considerable influencia sobre la Federal Trade Commission, puesto que dispone de las siguientes facultades:

- elige a los comisarios aunque necesita la ratificación del Senado⁹⁹ (they “shall be appointed by the President” – 15 USC 41).
- puede cesar a los consejeros por alguna de las causas tasadas.

⁹⁶ Cushman, R. “The Independent Regulatory Commissions”, ed. Otagon Books, New York, 1972, p.220.

⁹⁷ Kovacic, W. “The Federal Trade Commission and Congressional Oversight of Antitrust Enforcement”, 17 Tul. L. J. 587(1981- 1982).

⁹⁸ Kovacic, W. “Congress and the Federal Trade Commission”, 57 Antitrust L. J. 869(1988), analiza tres diferentes modelos analíticos de las relaciones Congreso- FTC: el modelo del Strong Control (la relación principal- agente), con el que se caracteriza la época de R. Reagan, el modelo de Loose-Control, con el que se caracteriza la época de J. Carter y el “rent –seeking behavior”. Este último modelo explica la influencia de algunos grupos en el Congreso sobre las iniciativas específicas de la FTC. Considero que en la actualidad el primer modelo es el que más se ajusta a las relaciones Congreso- FTC.

- nombra y cesa al Director.
- interviene a la hora de presentar al Congreso el proyecto de presupuesto.
- controla el programa de actividades de la Federal Trade Commission por medio de la Office of Management and Budget¹⁰⁰.
- controla la infraestructura material y personal por medio de la General Services Administration y la Office of Personnel Management.
- en último lugar, la representación y defensa en juicio de la Federal Trade Commission se realiza a través del Attorney General.

La independencia de las Agencias Independientes respecto al Presidente ha sido establecida en la jurisprudencia con los asuntos *Humphrey's Executor v. U. S.* 295 U.S. 602, (1935)¹⁰¹ y *Wiener v. U. S.* 357 U.S. 349, 356, 1958.

Durante la época del Presidente Reagan ha habido intentos de argumentar la postura contraria, sosteniendo que las Agencias Independientes deben estar integradas en el aparato administrativo del Presidente- *Synar v. U.S.* 626 F. Supp.1374, 1398(DD.C. 1986) y sobre todo *Hospital Corp. v. FTC* 807 F. 2d 1381, 1392(7th Cir. 1986), atacando la constitucionalidad de la FTC.

En la doctrina actual no se discute la independencia o la constitucionalidad de la FTC¹⁰².

En cuanto a la autonomía funcional se debe subrayar que la Comisión no puede recibir directrices, órdenes o instrucciones del Presidente¹⁰³.

⁹⁹ Para un comentario detallado ver Fox, W. "Understanding...", op.cit., pp.51-52.

¹⁰⁰ Véase Breyer & Stewart "Administrative Law", op.cit., pp.136-137; Kerwin, K. M., "Rulemaking:" op.cit., p.34; Fox, W. "Understanding...", op.cit., p.60.

¹⁰¹ Las notas principales en relación con este asunto son las siguientes:

Humphrey fue nombrado para el segundo período de 7 años por el Presidente el año 1931, pero estaba en desacuerdo con Roosevelt sobre sus ideas respecto a la política de la FTC y fué despedido el 7 de octubre de 1933. Humphrey sostenía ante el tribunal que ha sido cesado inválidamente y el Tribunal Supremo de los EE.UU. dictó una sentencia, en que declaró que el Presidente ha infringido el art.15 U.S.C.41. En palabras del Juez Sutherland la intención del legislador ha sido "crear un cuerpo de expertos que adquirirían experiencia durante el ejercicio de su cargo y este cuerpo debe ser independiente de la autoridad ejecutiva, exento en su nombramiento y libre de ejercer sus juicios sin la influencia de cualquier otro funcionario o departamento del Gobierno ("create a body of experts who shall gain experience by length of service- a body that shall be independent of executive authority, except in its selection, and free to exercise its judgment without the leave or hindrance of any other official or any Department of Government"). El Juez Sutherland ha argumentado su postura, afirmando que la FTC, para ejercer sus facultades, tiene atribuidos poderes quasilegislativos y quasijudiciales: cuando ejerce sus poderes quasilegislativos, actúa como agente del Congreso y cuando ejerce sus facultades quasijudiciales, actúa como agente del juzgado. Por esto, desde la perspectiva de la separación de poderes el Presidente tiene atribuido un control limitado sobre la FTC y cualquier intento de cesar algún comisario fuera de la causas tasadas es infracción del principio de separación de poderes.

¹⁰² *FTC v. American Nat. Celular* 810 F. 2d 1511(9th Cir. 1987).

¹⁰³ Schwartz, B., "Administrative Law", 3 ed, ed. Little, Brown and Co., Boston, 1991 p.19.

En los últimos años se puede constatar un reforzamiento del control presidencial sobre la Comisión sobre todo en relación con la política de competencia, promovida por la Agencia.

III. EL SISTEMA DE ELECCIÓN Y LA COMPOSICIÓN DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

1. ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

Los cinco comisarios son elegidos por el Presidente de los Estados Unidos con la aprobación del Senado ¹⁰⁴(15 USC 41). Es importante destacar que, como ha afirmado el Tribunal Supremo, el Senado no puede por sí solo nombrar a los vocales de la Federal Trade Commission sino que debe hacerlo con el concurso del Presidente¹⁰⁵, lo que protege al Ejecutivo del control directo por parte del Congreso.

Una vez elegidos los comisarios, de entre ellos se elige Director y la elección en este caso corresponde al Presidente. El Director tiene atribuidas amplias potestades para dirigir las funciones administrativas de la Comisión, incluidas sus potestades en materia presupuestaria y del personal (Reorganization Plan No. 8 of 1950, §1(a), 64 Stat. 1264).

2. QUÓRUM Y MAYORÍAS.

Es importante enfatizar en que no más de tres comisarios pueden pertenecer al mismo partido político. De este modo se garantiza la eficacia del órgano colegiado y, ante todo, su imparcialidad: se trata de una solución que no se encuentra en la mayoría de las legislaciones de defensa de la competencia y corresponde al modelo bipartidista norteamericano.

Las decisiones de la Comisión se toman por mayoría absoluta (Federal Trade Commission v. Flotill Prods, 389 U.S. 179 (1967)) y el quórum lo constituyen tres comisarios.

¹⁰⁴ Ver Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op.cit., p.79;Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., p.552.

¹⁰⁵ Ver Buckley v. Valeo 424 U.S.1(1976) y el comentario de Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., pp.6-8, Humphrey’s Executor y el comentario de Lawson, G. “Administrative Law”, op.cit., pp.142-143.

Pueden ser nombrados por la propia Comisión también expertos especiales y ayudantes cualificados para los comisarios (15 USC 42; 16 CFR § 4.14 (1996)).

3. REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD E INCOMPATIBILIDADES .

En cuanto a los requisitos de elegibilidad, una de las principales constataciones en este aspecto de la Hoover Commission¹⁰⁶ en el año 1949 es que la cualidad de los miembros es el factor vital para el funcionamiento eficaz de las comisiones. Ofreciendo diferentes ejemplos de la historia de la FTC, Kovacic¹⁰⁷ y Katzman¹⁰⁸ argumentan la necesidad de elegir comisarios especializados con habilidades directivas (management skills). Puesto que se trata de un órgano, formado por expertos en la materia, es indispensable la alta especialización de sus miembros y este debe ser el primer requisito de elegibilidad.

Existe la regla general según la cual los comisarios están obligados a no desempeñar ningún otro cargo, profesión o empleo (15 USC 41) y que no tengan intereses relacionados con la actividad de la agencia: se trata de un requisito importante para garantizar la imparcialidad de la FTC. Además, los comisarios deben actuar sin estar influidos por sus ideas políticas y este es un requisito importante para realizar una actividad efectiva en la FTC¹⁰⁹.

4. DURACIÓN DEL MANDATO Y CESE DE LOS COMISARIOS.

Los vocales desempeñan su cargo durante siete años, excepto en el caso de que un comisario haya sido nombrado para sustituir a otro comisario. En este caso el nuevo vocal desempeña su cargo hasta el fin del mandato del vocal sustituido (15 USC 41). De este modo el mandato de los comisarios tiene una duración superior a la del Presidente de los Estados Unidos. Además la renovación del mandato se realiza por partes, una medida que garantiza la continuidad de las funciones de la Federal Trade Commission.

¹⁰⁶ First Hoover Commission Task Force Report (Comm. of Organization of the Executive Branch of the Government Task Force Report on Regulatory Commissions (1949)).

¹⁰⁷ Kovacic, W. "The Quality of Appointments and the Capability of the FTC", 49 Adm. L. Rev. 915 (1997).

¹⁰⁸ Katzman, R. "Regulatory Bureaucracy: the Federal Trade Commission and Antitrust Policy", ed. MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, pp. 113- 117.

¹⁰⁹ En este sentido ver Fox, W. "Understanding...", op.cit., p. 54.

Estas medidas han sido consideradas como garantía para la estabilidad de las políticas públicas a pesar de los cambios en el Gobierno.

Los comisarios pueden ser cesados (removed) sólo por el Presidente (15 USC 41) en los supuestos tasados por la Ley: incompetencia, negligencia en el servicio o conducta ilegal en el desempeño del cargo (“inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office” – 15 USC 41): esta disposición es una garantía más de la independencia de la FTC¹¹⁰.

En relación con el Director la ley establece que puede ser cesado por decisión presidencial, pero no prevé causas tasadas de cese: si el Director es cesado, deja de actuar como tal, pero continúa su mandato como miembro de la Federal Trade Commission¹¹¹.

IV. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.

La Federal Trade Commission está compuesta por: Office of General Council; Office of the Executive Director; Office of the Secretary; Office of the Inspector General; Office of Administrative Law Judges; Bureau of Competition, Bureau of Consumer Protection , Bureau of Economics y las Oficinas Regionales (16 CFR § 9) – Anexo N 4.

Como cada agencia la FTC realiza sus funciones a través de sus funcionarios, que tienen que desarrollar una serie de tareas para efectuar la política de la agencia. Existen, además una serie de mecanismos, a través de los cuales funciona la institución de defensa de la competencia norteamericana y uno de los más importantes es la división de funciones dentro de la misma agencia¹¹² - vease 16CFR 0.1- 0.19.

¹¹⁰ Eastman, J. “The Place of the Independent Commission”, 12 Const. Rev.95, 100- 101(1928), recopilado en Lawson, G. “Federal...”, op.cit., p.24.

¹¹¹ Schwartz, B. “Administrative Law”, op. cit p. 8-9. En una reciente Executive Order del Presidente Bush (de 13 de enero de 2005) se prevé la sustitución del Director por otros funcionarios de la FTC , en caso de imposibilidad de seguir ejerciendo su cargo de Director. Se prevé asimismo que en este caso el Presidente puede designar personalmente el Director entre los funcionarios.

¹¹² Ver Neale, A. D. “The Antitrust Laws of the U.S.A.: a Study of Competition, Enforced by Law”, 2ed., ed. Cambridge Univ. Press, 1970, p.385.

La división de funciones dentro de la Comisión consiste principalmente en que el Bureau of Competition aplica el derecho antitrust a casos concretos(básicamente Clayton Act y FTC Act), el Bureau of Consumer Protection se ocupa con los problemas de competencia desleal, protección de los consumidores y usuarios y seguridad de los productos, mientras que el Bureau of Economics realiza tareas de asesoramiento a los demás Bureaus.La combinación y división de funciones dentro de la FTC tiene asimismo otra dimensión: se trata de la combinación y división de funciones ejecutivas, legislativas y judiciales¹¹³.Existe la convicción que esta combinación de funciones en un mismo órgano crea conflictos en relación con los objetivos eficiencia y justicia en el proceso decisorio de la agencia¹¹⁴. En la doctrina y en la práctica se ha optado por varias soluciones de dichos problemas¹¹⁵:

A.En el area de adjudication este problema surge, porque el mismo órgano que recibe e inicia la investigación sobre la denuncia es el que se pronuncia al final sobre el fondo del asunto.Breyer y Stewart apuntan que este problema de concentración de funciones tiene dos dimensiones:

- surge a nivel del personal:entre los funcionarios que realizan las tareas de investigación y los que participan en tareas, relacionadas con la decisión final de la agencia
- surge entre los mismos comisarios

Mientras que el segundo problema parece más difícil de solucionar, el primero se puede resolver a través de una separación de funciones dentro de la agencia¹¹⁶: de

¹¹³ En la historia de la organización de la FTC el modelo de división funcional(investigación – resolución) ha sido reemplazado por el modelo de organización según el tipo de actividad- antitrust, defensa del consumidor, etc..., aunque es obvio que la eficiencia de la FTC no es resultado exclusivamente de la forma organizativa: Auerbach, C. “The FTC Internal Organization and Procedure”, 48 Minn. L. Rev. , 1963-1964; Dixon, P. “Recent Changes in Organization and Procedure of the FTC”, 19 A.B.A.Antitrust Section 252, 1961.

¹¹⁴ Breyer &Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.820; ver asimismo Lawson, G. “Federal...”,op.cit., p.167 y Elman, P. “Agency Decision- Making Adjudication by the Federal Trade Commission”, 19 Food Drug Cosm. L. Q. 508(1964) que considera que la fusion de funciones crea problemas de integridad y eficacia del proceso administrativo; en contra Neale, A. D. “The Antitrust Laws...”, op.cit., p.385 .

¹¹⁵ Conviene citar dos documentos básicos, que han determinado la organizacion y los objetivos de la FTC.El primero es el así llamado First Hoover Commission Task Force Report(Comm. of Organization of the Executive Branch of the Government Task Force Report on Regulatory Commissions, 1949), que ha influido sobre la nueva organización en base a las diferentes actividades de la FTC y el así llamado A.B.A. Report(Report of Commission to Study the federal Trade Commission, 15 sept.,1969) que analiza el funcionamiento y la organización de la FTC, ofreciendo recomendaciones para elevar la eficiencia y una de las recomendaciones más importantes es elegir objetivos a largo plazo y crear una unidad administrativa en la propia FTC cuya tarea será la planificación de los objetivos de la agencia a largo plazo.

¹¹⁶ Ver Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., p.613 y la sentencia FTC v. Atlantic Richfield Co. 567 F. 2d 96, 102(D.C. Cir. 1977).

hecho la Oficina del Consejo General y la Oficina del Administrative Law Judge(cuyos funcionarios participan en la resolución del caso) son órganos separados y el Director Administrativo no ejerce un control directo sobre sus funcionarios. A pesar de esto, según varios informes y opiniones, las tareas discrecionales de administración están “mezcladas” con las tareas de adjudicación y por esta razón algunas decisiones de la FTC parecen unas “racionalizaciones” del trabajo de investigación previo¹¹⁷. Se cree que la concentración de funciones se puede evitar mediante una eficiente división interna, separando las dos actividades¹¹⁸. Hay que apuntar, además que según la jurisprudencia combinar tareas de investigación y persecución está expresamente permitido(clearly allowed)- *Grolier, Inc. v. FTC* 615 F 2d(9th Cir.1980).

B. Separación de funciones en Rulemaking.¹¹⁹

En este supuesto puede surgir un problema importante en relación con la influencia de algunos comisarios a través de sus propias conclusiones, opiniones o discursos públicos¹²⁰.

¹¹⁷ Ver por ejemplo *Administrative Management in the Government of the United States*, Report of the President's Committee on Administrative Management, 1937.

¹¹⁸ Ver Attorney General's Committee on Administrative Procedure Report 56, 1941 y la sentencia *Wong Yang Sung v. Mc Grath* 339 U. S. 33(1950); Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.828; Actualmente se dan varias garantías legales de esta separación de funciones:

- garantías de supervisión- 5 U.S.C.554(d)
- una efectiva asignación de asuntos- 5 U.S.C.3105
- las garantías de cese de funcionarios- 5 U.S.C.7521
- el nivel del salario- 5 U.S.C.5335
- el APA garantiza asimismo la separación de los funcionarios que participan en la investigación de los que participan en la resolución del caso- 5U.S.C.554(d)
- se prohíbe la ex parte comunicación con el Administrative Law Judge- 16 C.F.R. 4.7.

Se dan casos de asuntos prejuzgados por un comisario y recursos contra las respectivas decisiones como el caso del comisario Dixon en el asunto *Texaco, Inc. v. FTC* 336 F. 2d 754, 760(D.C. Cir. 1964), casos de participación de un comisario en procedimientos de investigación y adjudication- *American General Industries Co. v. FTC* 589 F. 2d 462(9th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891(1983). Se da asimismo un caso en que el asesor legal de un comisario más tarde es nombrado Administrative Law Judge y se encarga de un asunto sobre que ha asesorado el comisario- *Golier, Inc. v. FTC* 615 F. 2d 1215(9th Cir. 1980), after remand 699 F. 2d 983(9th Cir.).

En general los juzgados no consideran que la separación de funciones es indispensable para el funcionamiento de la FTC.

¹¹⁹ Ver Davis, K. C. “Administrative Law Treatise”, op.cit., p.453.

¹²⁰ Por ejemplo los discursos del comisario M. Pertchuk sobre la publicidad, dirigida a niños y en esta base, la sentencia *Assoc. of National Advertisers, Inc. v. FTC* 627 F. 2d 1151(D.C.Cir. 1979), cert. denied, 447 U.S.921(1980) o *American Cyanamid Co. v. FTC* 363 F. 2d 757(6th Cir. 1966).

Un avance importante en la separación de funciones en rulemaking se ha hecho en el año 1980 con la aprobación de la Federal Trade Commission Improvements Act que ha separado las funciones del Administrative Law Judge y la Comisión – 15U.S.C.57a(c)(1)(B)- (C)(1994).

A continuación se va a ofrecer un desglose del esquema organizativo de la FTC:

El Consejo General- General Council¹²¹ representa la FTC en los juzgados, resuelve cuestiones de hecho y derecho en relación con su actividad, en cooperación con funcionarios de los estados y del Gobierno federal y coordina las relaciones con el Congreso. Además, prepara advisory opinions para las empresas que las necesitan para revisar la legalidad de sus acciones¹²².

El Director Administrativo, realiza las funciones administrativas de la Federal Trade Commission, incluidas las materias de presupuesto, de material y recursos humanos (16 CFR § 10). Además, el Director Administrativo realiza la supervisión sobre las oficinas, bureaus y todo el personal de la FTC. A este funcionario están subordinados los demás Bureaus y él realiza la coordinación de sus funciones.

El Bureau of Competition (16 CFR 16) está presidido por un Director que dirige 2 Divisiones (presididas por 2 Deputy Directors) y varios Asistent Directors.

- El Bureau of Competition participa en la regulación de áreas importantes como:
 - la salud pública.
 - el abastecimiento, producción y transporte de electricidad, gasolina, gas y productos alimenticios
 - las industrias de alta tecnología como los “computers”, el acceso a Internet, la televisión por cable (su distribución y programación).

¹²¹ Ver Winslow, W. “Organization and Operation of the Federal Trade Commission”, 54 Antitrust L. J., 1985.

¹²² Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op. cit., p818.

- Además, el Bureau of Competition salvaguarda la competencia por medio de la aplicación de las leyes “antitrust”: Section 5 de la Federal Trade Commission Act, Sec.1 de la Sherman Act, Sec.3, 7 y 7A de la Clayton Act y la Robinson-Patman Act.
- El Bureau of Competition realiza el control de las fusiones (merger enforcement): se trata en primer lugar de control sobre fusiones entre competidores “directos” (horizontal mergers). En segundo lugar la Comisión controla también las fusiones verticales “ (vertical mergers) y los así llamados “potential competition mergers”.
- Además existe el “nonmerger enforcement”: Se trata de quejas por parte de consumidores, usuarios o competidores en relación con la existencia de posibles restricciones por parte de una o más empresas (por ejemplo los acuerdos o prácticas concertadas o paralelas, el boicot o la fijación de precios).
- El Bureau of Competition realiza estudios e investigaciones: el Congreso ha creado la Federal Trade Commission también como un órgano de información e investigación.
- El Bureau of Competition organiza discusiones sobre problemas importantes del comercio, y también los así llamados “business to-business (B2B) electronic marketplaces”.
- El Bureau of Competition elabora informes que presenta al Congreso y también informes públicos sobre problemas importantes en relación con el interés público y el bienestar social.
- El Bureau of Competition contribuye al análisis de los efectos de las políticas públicas en el área del comercio (por ejemplo en relación con la desregulación en el sector de la energía).

- Los altos funcionarios del Bureau of Competition pueden intervenir ante el Congreso cuando se discuten problemas de la política pública relacionados con el interés público.
- El Bureau of Competition también informa a los empresarios (posibles competidores) de la aplicación de las leyes “antitrust”.
 - En colaboración con el Departamento de Justicia(Departament of Justice) el Bureau elabora las así llamadas “guidelines” (por ejemplo sobre las fusiones) que son directrices para entender como la Federal Trade Commission elabora los análisis de las posibles infracciones.
 - Los funcionarios del Bureau of Competition regularmente informan sobre las políticas públicas y sobre las prioridades en defensa de la competencia a los grupos empresariales (“business groups”).
 - El Bureau of Competition prepara también recomendaciones y directrices para ayudar a los empresarios en el análisis de la legalidad de sus acuerdos, prácticas y acciones.
 - Se realizan también publicaciones en la prensa y en la Federal Trade Commission web-site.

El Bureau of Economics (16 CFR 17), está presidido por un director que dirige a los Directores Asociados de Antitrust, de Protección del consumidor(Consumer Protection) e Investigación, de Operaciones y Política Pública, como también el Advocacy Coordinator.

- El Bureau of Economics ayuda a la Federal Trade Commission para evaluar los efectos económicos de sus actividades. Con este fin el Bureau elabora análisis económicos y también investigaciones sobre el “antitrust”, “protección del consumidor” y la regulación de varios sectores de la industria.

- El Bureau of Economics asegura instrucciones económicas (“economics advice”) para la aplicación de las leyes “antitrust” y sobre la defensa de los consumidores y usuarios. El Bureau participa con análisis económicos en el procedimiento (en que varias veces toman parte expertos) siempre en estrecha colaboración con el Bureau of Competition para tomar las medidas más apropiadas según el caso concreto.
- En el área de protección de los consumidores y usuarios, el Bureau of Economics asegura análisis de los casos y elabora normas (rules) junto con el Bureau of Consumer Protection. El Bureau of Economics asimismo elabora análisis con el fin de detectar actividades que afectan a los consumidores.
- El Bureau of Economics estudia los efectos de las regulaciones.

El Bureau (junto con los demás Bureaus) participa en la presentación de comentarios (a solicitud de otras agencias o instituciones) sobre los efectos de la regulación para la competencia o para los consumidores y usuarios. Algunos de estos comentarios ayudan al juez en sus consideraciones. Del mismo modo los informes de la Federal Trade Commission como “amicus curiae” que se presentan ante el juzgado federal (o ante los juzgados estatales de los Estados) son una base importante para que los jueces elaboren sus decisiones.

- Análisis de los procesos de mercado:

Se analizan diferentes mercados e industrias, siempre en relación con los efectos económicos de la regulación y los problemas importantes para el “antitrust” o la política de protección de consumidores y usuarios.

El Bureau of consumer protection (16 CFR 17) está presidido por un Director ante quien responden dos Deputy Directors y los Associate Directors de las diferentes divisiones:

El Bureau of consumer protection fue creado para proteger a los consumidores y usuarios contra la competencia desleal (against “unfair, deceptive or fraudulent

practices”). Se aplican tanto las leyes elaboradas por el Congreso en defensa de los consumidores y usuarios, como también los actos normativos de la Federal Trade Commission. Sus principales actividades incluyen investigaciones, funciones cuasijudiciales en resolución de conflictos, funciones normativas (rulemaking proceedings) y actividades de información y educación de los consumidores y usuarios¹²³. El Bureau contribuye a la actividad de la Federal Trade Commission de informar al Congreso u otras instituciones sobre el efecto de las medidas tomadas en defensa de los consumidores y usuarios.

El Bureau of consumer protection está repartido en 6 divisiones:

- La División de Prácticas Publicitarias, “División of Advertising Practices”. Las actividades que controla dicha división son las siguientes:
 - Producción de productos alimenticios y farmacéuticos en relación con la salud pública.
 - Productos de Internet.
 - Publicidad y marketing dirigidos a los menores (Advertising and marketing directed to children).
 - Publicidad de productos y servicios de alta tecnología.
 - Publicidad de producción y venta de tabacos y alcohol.
 - Quejas sobre publicidad de productos en la prensa, la radio o televisión, incluidas las publicidades por correo o por Internet.
- La División de Aplicación (ejecución)- “División of Enforcement”. Esta división se ocupa de la aplicación de varias leyes de protección de consumidores y usuarios, incluidas:

¹²³ Angland, J. (dir.), “Antitrust Law Developements”, vol. I, ed. American Bar Association, New York, 1997, p. 552.

- 1) Las quejas contra decisiones de juzgados administrativos o el juzgado federal sobre protección de consumidores y usuarios.
 - 2) Las investigaciones sobre la protección de consumidores y usuarios y los procesos civiles en defensa de consumidores y usuarios.
 - 3) La elaboración y aplicación de normas de protección de consumidores y usuarios (incluidas las así llamadas “guidelines”).
- La División de prácticas Financieras- “División of Financial Practices”.
Esta División es responsable de las prácticas financieras y arrendatarias que puedan afectar al consumidor. Asimismo se ocupa de la privacidad de los consumidores y usuarios.
 - La División de Prácticas de Mercado, “Division of Marketing Practices”.
Esta División está destinada a responder rápidamente de los cambios de las prácticas fraudulentas de mercado.
 - La División de Planificación e Información, “Division of Planning and Information”.
Dicha División ayuda a los consumidores para obtener información con fin de protegerse ellos mismos de los fraudes de los comerciantes y productores a través de:
 - Centro de atención al consumidor ,Consumer Response Center – donde los funcionarios cualificados responden a preguntas y quejas de los consumidores y usuarios.
 - El programa “Identity Data Clearing House”
 - El programa “Consumer Sentinel”.

- International Consumer Protection: Se trata de facilitar la información internacional. Se realizan también proyectos con otros estados con el mismo objetivo.
- La División “Operations”. Esta división participa en la administración de las actividades financieras, administrativas y la resolución de conflictos cuasijudiciales del Bureau.

El Programa de Educación del Consumidor y el Empresario.¹²⁴

Se trata de campañas informativas que están orientadas a los consumidores y a los grupos empresariales (“business groups”). Estas campañas informativas están vistas por la Comisión como un modo de minimizar las quejas por los consumidores. También se organizan conferencias a nivel nacional, se firman convenios entre las asociaciones de comercio, los empresarios, los grupos de representación de consumidores, etc...

— La Oficina del Director (Office of the General Council)

Como se ha expuesto anteriormente el Director preside la Comisión en sus reuniones y, además, tiene funciones representativas ante los juzgados. Está facultado para dar su opinión en relación con varios problemas (jurídicos y de política pública) ante la Comisión o ante otros funcionarios de la Federal Trade Commission y responde a interpelaciones (preguntas) de acuerdo en el Freedom of Information and Privacy Act (16 CFR § 11).

— La Oficina del Secretario (Office of the Secretary)

El Secretario es el responsable de los programas de las reuniones de la Federal Trade Commission y también de redactar las actas de dichas reuniones y de otros actos de la Federal Trade Commission. Él está facultado para firmar las órdenes de la Comisión y la correspondencia oficial. Además es responsable de la publicación de todos los Reglamentos de la Comisión en el Registro Federal (Federal Register) y de las Decisiones de la Federal Trade Commission.

¹²⁴ Ver Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.913.

— La Oficina del Inspector General (Office of the Inspector General)

Esta oficina (establecida en 1989) participa en la promoción de la eficacia de los programas y operaciones de la Federal Trade Commission. Con este fin la Oficina del Inspector General asegura auditorías e investigaciones para prevenir la ineficiencia y los abusos en el funcionamiento de la Agencia (5 USC app. 3, 16 CFR § 13).

— La Oficina de los Jueces Administrativos (Office of Administrative Law Judges)

Los Jueces Administrativos (para superar cualquier malentendido) son funcionarios a los cuales la Federal Trade Commission de acuerdo con la Ley ha delegado las funciones iniciales de investigación y prueba y las conclusiones iniciales basadas en las Leyes. Todas estas funciones deben llevarse a cabo conforme con las Decisiones de la Comisión, sus directrices (“policy directives”) y las reglas de la práctica (“Rules of Practice”). Los Administrative Law Judges participan también en los “rulemaking proceedings”- se trata de las competencias normativas de la Federal Trade Commission (16 CFR § 14).

Existen también Oficinas Regionales a las cuales la Comisión ha delegado algunas de sus funciones en las regiones establecidas (ver Anexo N° 3). Todas las Regional Offices están bajo la supervisión de la Oficina del Director Ejecutivo y de los Bureaus correspondientes (16 CFR § 19).

Después de analizar la estructura organizativa de la Federal Trade Commission, deberíamos de poner énfasis sobre lo dispuesto en 16 CFR § 7: “la Comisión... puede delegar por medio de orden, norma publicada, algunas de sus funciones (potestades) a una División de la Comisión, a un comisario, juez administrativo, a funcionario o a grupo de funcionarios, pero tiene el derecho de revisar discrecionalmente todas las funciones delegadas...”¹²⁵: De este modo la Comisión reserva para sí misma el control de todas las funciones realizadas por delegación.

¹²⁵ “The Commission... may delegate, by published order or rule certain of its functions to a division of the Commission, an individual Commissioner, an administrative law judge, or an employer or employee board, and retains a discretionary right to review such delegated action...” upon its own initiative or upon petition of a party to or an intervener in such action – (16 CFR § 7)

Cabe considerar que el esquema organizativo de la Federal Trade Comisión asegura eficacia y ahorro de tiempo en base a una distribución de tareas de acuerdo con las facultades de la Comisión que se analizarán a continuación.

Es importante destacar, además, que en los Estados Unidos, junto con las leyes federales existen las leyes estatales antitrust y la competencia de la FTC o la Antitrust Division no excluye la competencia de las autoridades de cada estado. Por otro lado, para evitar la duplicidad de esfuerzos, estas autoridades cooperan estrechamente entre sí y las autoridades federales a través de una variedad de mecanismos.¹²⁶ Es de gran interés observar que el Congreso ha dejado la ejecución de la legislación antitrust estatal en manos de las autoridades de los estados (sancionar las infracciones de la libre competencia en el territorio de los estados) con objetivo de conseguir más eficacia en la lucha antimonopolio.

V. FACULTADES Y FUNCIONES DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

Con base en lo anteriormente expuesto respecto a la estructura de la agencia, se puede observar que la Federal Trade Commission se encarga de la regulación general de la defensa de la competencia tanto en el plano normativo como ejecutivo¹²⁷. Así la Federal Trade Commission no es solamente una entidad de tipo ejecutivo y judicial, sino también una entidad reguladora (dicta normas-reglamentos, basándose en la Sección 18 de la Federal Trade Commission Act): se debe recordar que cuando el Congreso crea una Agencia Independiente le confía una gran parte de la regulación jurídica en el sector¹²⁸. La Federal Trade Commission asume también importantes facultades ejecutivas (inspección y sanción) que comparte con la Antitrust Division del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Las dos instituciones actúan en estrecha colaboración y coordinación. Existe también un tercer grupo de facultades de la

¹²⁶ Estos mecanismos están analizados detalladamente por Casés Pallarés, L. "Derecho administrativo de la defensa de la competencia", ed. Marcial Pons, Madrid, 1995; ver asimismo Hovenkamp, H. "State Antitrust in the Federal Scheme", IND. L. J. 58, 3, 1983.

¹²⁷ Moreno Molina, A. M. "Aspectos institucionales de la defensa de la competencia" en Calvo Caravaca, A. L. y Morales Limones, Pilar B. "Derecho europeo de la competencia", ed. Constitución y Leyes, S.A., Madrid, 2001, p. 432; ver asimismo la sentencia *Smith v. Shapiro*, 484 A. 2d 1282 (N. J. App. 1984).

Federal Trade Commission, denominadas por la doctrina administrativa “quasijudiciales”: son las funciones de resolución de conflictos¹²⁹ con la participación de los Administrative Law Judges. En la doctrina se sostiene que la FTC tiene plenas facultades de una autoridad tipo judicial¹³⁰.

Así, se puede resumir que la Federal Trade Commission asume potestades normativas, ejecutivas y cuasijudiciales, siempre considerando la divergencia de opiniones en la doctrina norteamericana respecto a la posición de las Agencias Independientes y el peso de la influencia del poder legislativo sobre ellas. En la doctrina se asume que la separación tradicional de poderes¹³¹ tiene que ceder paso a la necesidad de una regulación económica más efectiva. La explicación y justificación de la concentración de funciones es la necesidad de prevenir la creciente concentración de poder económico¹³². Para poder realizar sus potestades, la Federal Trade Commission asume las siguientes funciones:

1. AUTORIDAD DE INVESTIGACIÓN (INVESTIGATION AUTHORITY).

La FTC, como todas las agencias gubernamentales, tiene que disponer de información suficiente para poder funcionar eficientemente. La información puede ser adquirida exclusivamente para los propósitos de Adjudication y Rulemaking, cumpliendo procedimientos específicos. La información puede ser obtenida voluntariamente o de manera no voluntaria (bajo coerción) principalmente a través de tres métodos, que se analizarán más adelante en el trabajo: requerir datos por medio de informes, subpoenas e inspecciones. La desobediencia de la persona requerida tiene, en general, consecuencias negativas: puede llevar a imposición de sanciones a través de mandamiento judicial.

En la jurisprudencia norteamericana varias veces se ha afirmado que el Congreso de los Estados Unidos siempre ha intentado garantizar plenos poderes de investigación de

¹²⁸ Moreno Molina, A. M. “Aspectos institucionales...”, op.cit, p.433.

¹²⁹ Sobre las facultades de adjudicación (quasijudiciales) de las agencias ver en general las sentencias *Student Public Interest Group v. Fritzsch*, 759 F. 2d 1131 (3d Cir. 1985) y *GBM Communications v. United Inter-Mountain Tel. Co.*, 723 S. W. 2d 109, 112 (T. App. 1986).

¹³⁰ Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.12, 15.

¹³¹ Para el caso de la FTC y el problema de separación de poderes ver la sentencia *FTC v. American Natl. Celular*, 810 F. 2d 1511, 1516 (9th Cir. 1987); asimismo *Dirlam & Kahn “Fair Competition...”*, op.cit., p.17.

¹³² En este sentido ver Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.9 y 15.

las Agencias, así que la Constitución de los Estados Unidos es el único límite de dichos poderes¹³³. De este modo, cuando los tribunales están interpretando las leyes que establecen los poderes de investigación de las Agencias, sus interpretaciones están influidas por las restricciones de la Constitución de los Estados Unidos, tomando siempre en cuenta las cláusulas de las Enmiendas Cuatro y Cinco (Forth and Fifth Ammendments) de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, porque el derecho de ser libre de limitaciones, impuestas por los poderes públicos es base del sistema constitucional norteamericano¹³⁴. Desde otra perspectiva, los intereses, protegidos por la Cuarta Enmienda tienen que ceder paso a la necesidad de los poderes públicos de ejercer sus potestades en base de la información obtenida (no es así respecto a la Quinta Enmienda de la Constitución de los EE. UU.).

Los juzgados han introducido varias reglas y preceptos en relación con la protección de los datos personales y las garantías a la intimidad¹³⁵.

1.1. La Federal Trade Commission como Autoridad de Investigación – visión general.

El precepto básico que define los poderes de investigación de la FTC se encuentra en 15 U.S.C.46a, según que la Federal Trade Commission puede “recabar información e investigar de vez en cuando la organización, comercio, conducta, práctica o la gestión de cualquier persona, colaboración, asociación o corporación cuyo negocio afecta el comercio, excepto los bancos, las instituciones de crédito, las cajas de ahorro, las Uniones Federales de Crédito y las empresas de transporte público” – 15 USC Sec. 46 a,b¹³⁶.

¹³³ Davis, K. C. y Pierce, R. Jr., “Administrative Law Treatise”, op. cit., p.133.

¹³⁴ Ver Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., pp.109- 110 y la sentencia *Oklahoma Press Publishing v. Walling*, 327 U.S.186, 213(1946).

¹³⁵ *United States v. Powell* –379 U.S. 48/1964– en relación con “the subpoena”; *Camara Municipal Court v. City of Seattle* –387 U.S. 523 (1967)– sobre las garantías en las inspecciones; *Entick v. Carrington*, 19 Howell’s State Trials 029 (1765) sobre la privacidad en relación con la Cuarta Enmienda de la Constitución; *Colonade Catering Corporation v. United States* –397 U.S. 72 (1970)– sobre “the element of surprise”: la sorpresa y su importancia como elemento en el proceso de investigación llevado por las Agencias; *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972) sobre el deber de respetar la intimidad personal en las investigaciones. Es interesante observar también el desarrollo de los medios y métodos de investigación en el Derecho Norteamericano (que no es objeto del trabajo).

¹³⁶ The Federal Trade Commission may “investigate from time to time the organization, business, conduct, practices, and management of any person, partnership, or corporation engaged in or whose business affects commerce, excepting banks, savings and loan institutions, Federal Credit Unions and common carriers” – 15 USC Sec. 46 a.

Como se puede observar, se trata de unos poderes bastante amplios¹³⁷, tratándose de un amplio alcance personal de una posible investigación. El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha establecido una serie de postulados doctrinales que conducen a la conclusión que casi no existen razones plausibles en base a que un sujeto pueda rechazar las solicitudes de información, las subpoenas, las inspecciones u otros métodos de obtener información por la agencia.

El Juez Holmes ha afirmado que para ejercer la facultad de obtener información, la agencia debe alegar una infracción específica de la ley (“specific breach of law”)¹³⁸. La clásica sentencia del Juez Holmes en este área es *FTC v. American Tobacco Co.*, 264 U.S.298(1924): la FTC ha exigido de American Tobacco todas las cartas y telegramas, recibidas por la empresa en el período de un año. El Juez Holmes ha señalado que el poder, otorgado a la agencia no permite búsquedas generalizadas (en palabras del mismo juez “fishing expeditions”) de documentos privados, basadas en la posibilidad de que estos documentos puedan revelar pruebas de delito.

Los casos más recientes confirman la facultad de la FTC, en el marco de su competencia, de exigir cualquier tipo de información de las empresas. Así, en el asunto *U.S. v. Morton Salt* 338 U.S. 632(1950) la FTC ha ordenado a varios productores de sal entregar informes, describiendo el cumplimiento de una orden de cese y desestimiento, dictada por la FTC. El Juez Jackson no encontró ningún obstáculo para que la FTC exija dichos informes: en palabras del juez la FTC no ha sobrepasado los límites de su competencia, la demanda de información no es indefinida y la información exigida es “razonablemente relevante”. Así el Juez Jackson estableció las bases para la defensa de las agencias en casos semejantes. Esto significa, que si una empresa se opone al requerimiento de información de la FTC, tiene que intentar negociar los límites de este requerimiento con la agencia: un ataque frontal contra estos poderes de investigación no es de probable éxito¹³⁹ y todo esto demuestra la amplia discrecionalidad de la FTC en el ámbito de las investigaciones. A pesar de esta discrecionalidad, siempre existe la Quinta Enmienda de la Constitución de los EE.UU. como un límite de los poderes de la FTC de recabar información: siempre hay que distinguir el requerimiento de información de un requerimiento, cuyo propósito es la autoincriminación de la

¹³⁷ En este sentido ver Speesell, J. “Nonmerger Investigation and Enforcement Procedures at the FTC”, 54 *Antitrust L. J.* 181(1985).

¹³⁸ *Harimann v. ICC* 211 U.S. 407(1908), ver asimismo *Smith v. ICC*, 245 U.S.33(1917).

¹³⁹ Ver Fox, W. “Understanding...”, op.cit, pp.80- 81 y Breyer&Stewart, “Administrative Law...”, op.cit, pp.905- 909.

empresa¹⁴⁰. En palabras de K. C. Davis se dan cinco situaciones en las que la Quinta Enmienda no puede ser empleada para bloquear los requerimientos de información de una agencia¹⁴¹:

- cuando se exigen informes de corporaciones- las empresas no son “personas” en el sentido de la Quinta Enmienda,
- cuando los documentos están en terceras personas, excepto documentos en posesión del abogado, que están protegidos por el privilegio de la relación cliente-abogado¹⁴²,
- datos que no son documentos privados,
- documentos que han sido empleados para la elaboración de un reglamento por la agencia,
- si la persona a que pertenecen los documentos ha obtenido inmunidad.

De este modo la Quinta Enmienda no protegé la información, necesitada en la mayoría de los casos por la FTC y no es un obstáculo para los poderes de investigación de la agencia.

Es importante apuntar, además, que la apertura de la investigación se puede realizar por varios funcionarios de la FTC: Directores, Deputy Directores, Associate Directores (y asimismo por los directores de las oficinas regionales de la FTC) sin la aprobación del órgano colegiado de dirección de la FTC¹⁴³- 16CFR 2.1(1996) y esto, una vez más, demuestra las amplias facultades en el área de investigación de la FTC. De este modo, además, se asegura flexibilidad en la actividad de la institución, reduciendo los obstáculos procedimentales y asegurando la posibilidad de investigaciones por sorpresa.

1.2. Los poderes de investigación específicos de la Federal Trade Comisión.

La Federal Trade Commission tiene atribuidos asimismo poderes de investigación específicos:

- 1) La realización de la subpoena (exigir citación de testigos o documentos necesarios para las pruebas) – 15 USC 49.

¹⁴⁰ Shapiro v. U.S. 335 U.S. 1(1948).

¹⁴¹ Davis, K. C. “Administrative Law: text, problems, cases”, 6th ed., ed. West Publ. Co., St. Paul, Minn., 1977, p.567 ; Breyer & Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.909.

¹⁴² Ver CAB v. Air Transport Assoc., 201 F. Supp. 318(D.D.C. 1961).

¹⁴³ FTC Operating Manual 2000; Angland, J. “Antitrust...”, op.cit, p.608.

Cada uno de los vocales de la Federal Trade Commission puede firmar subpoena: una orden oficial con fuerza coercitiva¹⁴⁴ que exige citación de testigos(subpoena ad testificandum) o requiere libros, documentos, informes, etc...¹⁴⁵(subpoena duces tecum) y para la cual no es necesario el consentimiento del sujeto. Una vez más se ha de apuntar, que la subpoena no se puede dictar sin probabilidad de existencia de alguna infracción¹⁴⁶.La FTC es libre de decidir a cuantas empresas de las que participan en la supuesta infracción dirigirá la subpoena¹⁴⁷.La experiencia de la FTC en estos casos ha señalado que la edición de una gran cantidad de subpoenas entorpece el procedimiento y puede llevar a revelación innecesaria de datos confidenciales¹⁴⁸.

Es importante apuntar que, en la mayoría de los casos, la subpoena se confirma por los juzgados¹⁴⁹.Esto se explica con el principio de no interferencia de los juzgados en la actividad de una agencia, formada por expertos y dotada con amplia discrecionalidad, para decidir en qué casos será plausible la existencia de infracción.Una exepción de este principio es la incompetencia¹⁵⁰.

La subpoena es empleada como medida de investigación por el Bureau of Competition. Después de las modificaciones de la Federal Trade Commission Act (Federal Trade Commission Act Ammendments) del año 1994, el Bureau of Competition puede utilizar también las demandas de investigación civil (civil investigative demands) para investigar posibles infracciones de las leyes “antitrust”.

2) Las Demandas de investigación civil(CID’s).

Por medio de las demandas de investigación civil se puede exigir información por escrito y respuestas de preguntas concretas o presentación de documentos e informes(15 USC 57 b (1) (c) 1).Según 16 CFR 2.7(b)(2) por medio de la CID, la FTC puede obtener objetos tangibles.Las CID’s exigen una descripción detallada de

¹⁴⁴ Cudahy Packing Co. v. Holland, 315 U.S. 357,363(1942); en caso de resistencia de la empresa el juzgado está autorizado a aplicar la subpoena – FTC v. Miller, 549 F. 2d 452(7th Cir. 1977).

¹⁴⁵ FTC v. Atlantic Richfield Co., 567 F. 2d 96,106(D.C. Cir. 1977); ver asimismo Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.85- 91.

¹⁴⁶ La sentencia citada FTC v. American Tobacco Co., 264 U.S. 298(1924); asimismo FTC v. Texaco, Inc., 555F. 2d 862, 874(D.C. Cir.), cert. denied, 431U.S. 974(1977);FTC v. Swanson, 560 F.281(2d Cir.1977);FTC v. Monahan, 832 F.2d 688(1st Cir.1987).

¹⁴⁷ Papercraft Corp. v. FTC, 472 F.2d 927(7th Cir.1973).

¹⁴⁸ Coro, Inc. v. FTC, 338 F. 2d 149(1st Cir. 1964), cert. denied 380 U.S. 954(1965).

¹⁴⁹ En este sentido Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.905; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.91; sobre el mismo tema y en general sobre la subpoena ver Lemke, W. “The Federal Trade Commission’s Use of Investigational Subpoenas”, 1 L. U. Chi. L. J. 15(1970).

¹⁵⁰ Ver FTC v. Miller, 549 F. 2d 452(7th Cir.1977).

cualquier tipo de material documental. De este modo el Congreso ha ampliado los poderes específicos de investigación de la FTC, creando más posibilidades de adquirir información y de descubrir más infracciones.

En la CID la agencia debe concretizar el tipo de infracción que se está investigando, encajando el objeto de la investigación con la demanda¹⁵¹. De este modo, si la CID esté atacada por el acusado, los juzgados pueden investigar si la información requerida es “razonablemente relevante” a los hechos que constituyen la infracción¹⁵².

3) Otro medio de investigación es el derecho de la Comisión de exigir respuestas o informes anuales o especiales, “por escrito, en relación con problemas específicos, con el objetivo de obtener información sobre la organización, negocio, conducta, práctica o management de cualquier persona, sociedad o corporación cuyo negocio afecta el comercio y de sus relaciones con otras corporaciones o miembros de las mismas” (15 USC 46(b), 16 CFR 2.12(1996)). Esta potestad de la FTC tiene amplio alcance, porque a la agencia se le ha reconocido¹⁵³ la facultad de asegurarse que la conducta de la empresa es conforme al derecho y al interés público. Además, la empresa no está protegida por la Quinta Enmienda, porque el acceso a la información es *conditio sine qua non* para la actividad efectiva de la agencia¹⁵⁴.

4) Además, la Commission está autorizada a controlar el cumplimiento de las decisiones judiciales impuestas a empresas por pleitos promovidos por la Antitrust Division- 15 USC 46c. De este modo se puede adquirir información sobre futuras infracciones de la respectiva empresa.

5) La Federal Trade Commission está autorizada a investigar o informar, previa petición del Presidente o de cualquiera de las Cámaras del Congreso sobre las posibles infracciones de las Leyes antitrust y esta es una de las características importantes de las relaciones Congreso- FTC .

6) La Federal Trade Commission elabora también estudios económicos y directrices; por ejemplo, el “Line-of-Business study” del año 1970, que exigía de las corporaciones informar a la Federal Trade Commission cuáles son sus beneficios netos para cada año -15 USC 46. Este tipo de estudios se ha empezado a desarrollar con fines

¹⁵¹ Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., p.610.

¹⁵² Vease *FTC v. O’Connell Assoc.*, 828 F. Supp. 165, 170 (E.D.N.Y. 1993).

¹⁵³ Ver la sentencia citada *U.S. v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632 (1950) (“law-enforcing agencies have a legitimate right to satisfy themselves that corporate behavior is consistent with the law and the public interest”).

estadísticos en los años –40 con el propósito de analizar la creciente importancia de los conglomerados en la economía norteamericana. El año 1970 la FTC ha empezado a exigir información del conglomerado, pero asimismo de todas las empresas de “una misma línea” que lo formaban. Así, la FTC ha empezado a adquirir información sobre todas las empresas de dimensiones importantes en la economía norteamericana. Han surgido varias críticas¹⁵⁵, porque se presumía, que la información adquirida se iba a emplear en contra de las mismas empresas y, asimismo, existía la preocupación de la posible revelación de datos confidenciales¹⁵⁶ (secretos de negocios). En todo caso, estos estudios demuestran una vez más el reforzamiento de los poderes de investigación de la FTC, que han sido confirmados por los juzgados.

La misma Sección 6 del Federal Trade Commission Act permite a la Federal Trade Commission publicar partes de la información que obtiene (“make public from time to time”) cuando esta información pueda servir al “interés público” (15 USC 46 (f)).

7) La FTC está autorizada a realizar inspecciones en diferentes lugares.- 15U.S.C.49(b), hay que considerar que esta facultad es limitada por la Cuarta Enmienda de la Constitución de los EE.UU. La búsqueda en una propiedad privada sin el consentimiento de los propietarios se considera irrazonable¹⁵⁷ sin que la agencia esté autorizada por medio de “search warrant”¹⁵⁸. El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha establecido que la búsqueda sin search warrant válido infringe la Cuarta Enmienda. En caso contrario, se permitiría que la agencia efectúe inspecciones en cada momento, infringiendo el derecho de las empresas a la defensa de la Cuarta Enmienda.

¹⁵⁴ Schwartz, B. “Administrative Law”, op. cit., pp.112- 114.

¹⁵⁵ Especialmente criticada fue la FTC Line of Business Report Litigation, F.2d.(D.C.Cir.1978), cert. denied, 99 S.Ct.362.

¹⁵⁶ Ver Gellhorn, E. “Administrative Law”, op. cit., pp.523-524 y Seplaki, L. “Antitrust...”, op. cit., p.28.

¹⁵⁷ Camara v. Municipal Court, 387 U.S. 523, 528- 529(1967), donde se establece que “Excepto en algunas clases de asuntos cuidadosamente determinados, la inspección en una propiedad privada sin el respectivo consentimiento es irrazonable sin la autorización de un search warrant válido” (“Except in certain carefully defined classes of cases, a search without proper consent is “unreasonable” unless it has been authorized by a valid search warrant”). Se da asimismo la aceptación contraria, que no está aceptada mayoritariamente: que las inspecciones frecuentes y no anunciadas son necesarias para detectar las infracciones por sorpresa - New York v. Burger, 482 U.S. 693(1987).

¹⁵⁸ Schwartz, B. “Administrative Law”, op. cit., p.115 y Angland, J. “Antitrust...”, op. cit., p.609; en general ver Fox, W. “Understanding...”, op. cit., pp.91-99.

La prohibición de registros irrazonables es aplicable tanto para empresas, como para domicilios privados¹⁵⁹.

8) Notificación de las fusiones.

De acuerdo con 15 USC 18a (que es la antigua Sec. 7 del Clayton Act, modificado por la Sección 7A de la Hart-Scott-Rodino Act en el año 1976), las partes que participan en la adquisición de una cuota determinada están obligadas a notificar la adquisición. De este modo la Federal Trade Commission puede adquirir información adicional sobre la adquisición y sobre las empresas- participantes en la fusión.

9) Conforme con el International Antitrust Enforcement Assistance Act (IAEAA) la Federal Trade Commission puede exigir información de las autoridades de defensa de la competencia en el exterior de los Estados Unidos y solicitar su asistencia en la investigación – 15 USC § 6201 y ss. Existen convenios bilaterales de cooperación y asistencia entre la Federal Trade Commission y varias autoridades extranjeras de defensa de la competencia.

10) Existen asimismo otros medios para que la FTC obtenga información sobre las empresas. Por ejemplo, los informes, que obtiene la FTC con propósito de elaborar los reglamentos o su actividad de “amicus curiae”, cuando ejerce abogacía de la competencia en los juzgados. A esto se añaden las investigaciones de empresas o de varias ramas de la industria, realizadas por el Congreso o por las comisiones parlamentarias.

En la doctrina se ha señalado, que no siempre el problema de las agencias es la falta de información, sino al revés: la posesión de mucha información y un análisis insuficiente de esta información¹⁶⁰ crea obstáculos para las agencias.

Creo que el problema del análisis siempre existe, sobre todo en relación con las autoridades de defensa de la competencia, cuya tarea es muy especial, porque se ocupan de los problemas de la competencia como un proceso dinámico y de este modo el análisis de la información no es un objetivo simple. En cualquier caso, hay que clasificar los datos y separar la información relevante al caso de la no relevante y es importante

¹⁵⁹ See v. City of Seattle, 387 U.S. 541, 543 (1967).

¹⁶⁰ Fox, W. “Understanding...”, op. cit., p. 79.

emplear métodos eficientes de clasificación de los datos cuando la información es costosa o insuficiente, porque en estos casos puede ser incorrecta¹⁶¹.

En cualquier caso hay que considerar la variedad de instrumentos de investigación por parte de la FTC y sus amplios poderes en este área en relación con la importancia de la actividad de la agencia. En la misma dirección está orientado el nuevo Reglamento de Procedimiento N 1 de 2003 de la Unión Europea en la parte sobre los poderes de investigación de la Comisión : los poderes de investigación son el primer nivel en el esquema de facultades de las autoridades antitrust sin el cual no se podría elaborar una decisión efectiva.

1.3. Sanciones¹⁶².

La Sec.10 FTC Act - 15 USC 50 - prevé una multa de 1000 a 5000 dólares o prisión de hasta 1 año para las personas que se nieguen a testificar, los que se opongan a las medidas de investigación o a presentar pruebas documentales ¹⁶³. Ambas penas se pueden imponer conjuntamente.

El falseamiento de documentos (por ej. libros de contabilidad) o la omisión en los mismos, su alteración o destrucción se sanciona con multa de 1000 a 5000 dólares o prisión de hasta 3 años o ambas conjuntamente.

Las mismas sanciones se aplican a los que se oponen a los funcionarios de la Comisión y no les dejan acceder a los archivos de una empresa.

En caso de no presentación de informes anuales o especiales en el plazo previsto y si tal infracción continuase 30 días después de ser notificada dicha demora, a la empresa se impondrá una multa coercitiva por cada día de la demora.

Las multas que se imponen a través de los juzgados federales son un remedio conveniente para conseguir los objetivos de la investigación .La pena de prisión ha sido impuesta en el derecho antitrust norteamericano siempre en casos excepcionales, tratándose de infracciones graves y como medida preventiva.

¹⁶¹ Kaplan, F. "Decision Theory and the Fact Finding Process", 20 Stan. L. Rev. 1065(1968);Beckner III, F. y Salop, S. "Decision Theory and Antitrust Rules", 67 Antitrust L. J.(2000).

¹⁶² En general, ver Gellhorn, E. "Administrative Law", op. cit, p.522.

2. PODERES DE ADJUDICATION.

Como se ha afirmado varias veces en la doctrina norteamericana, la FTC es una autoridad tipo quasijudicial, en sentido que tiene atribuidas facultades para decidir casos idénticos que los que deciden los juzgados y de una manera semejante a la manera de la que proceden los juzgados. La diferencia fundamental, en la tesis de Schwartz¹⁶⁴ es que la agencia no es un cuerpo neutral, cuya función es resolver conflictos, porque su decisión siempre abarca cuestiones de interés público (en relación con áreas económicas y socio- políticas importantes). De este modo su actividad quasijudicial es parte de su actividad administrativa, resolviendo problemas económicos, políticos y sociales de grán importancia. En relación con las decisiones respecto a estos problemas Areeda y Kaplow¹⁶⁵ ofrecen una teoría que presenta tres niveles en el análisis antitrust:

- la FTC tiene que investigar qué problema social se manifiesta, qué intereses están en juego, cual es el posible beneficio para el supuesto infractor y cual es el daño, causado a la sociedad, cuáles son las alternativas,
- en segundo lugar hay que estudiar cómo se puede resolver el problema particular por medio de la legislación, teniendo en cuenta las limitaciones de las instituciones, la necesidad de soluciones generalizadas y la exigencia de un desarrollo doctrinal,
- en tercer lugar es importante analizar si la solución que se va a ofrecer es conforme al precedente.

En un sentido similar, según el Tribunal Supremo de los EE.UU.¹⁶⁶, el juzgado (o la agencia) debe considerar los hechos específicos para el negocio concreto, al que se refiere la restricción, las condiciones antes y después de la restricción, la naturaleza de la conducta y su efecto actual o probable.

En la opinión de Seplaki¹⁶⁷ es importante investigar el propósito de la restricción, que puede dar una perspectiva a las motivaciones del Congreso para aprobar la respectiva ley antitrust, analizar el efecto de la conducta y quienes son los participantes.

Considero que la facultad de adjudicación es la más importante de la FTC, porque se tienen que ofrecer soluciones que en la mayoría de los casos tienen

¹⁶³ Reisman v. Caplin, 375 U.S. 440 (1964) y Anheuser- Busch, Inc. v. FTC, 359 F.2d 487 (8th Cir. 1966).

¹⁶⁴ Schwartz, B. "Administrative Law", op. cit., p.13; en el mismo sentido Elman, P. "Agency Decision-making Adjudication by the Federal Trade Commission", 19 Food Drug Cosm. L. Q. 508 (1964).

¹⁶⁵ Areeda & Kaplow "Antitrust Analisis...", op. cit., p.7.

¹⁶⁶ Ver U. S. v. Topco Assoc., 405 U. S. 596, 607 (1972).

considerable impacto económico. Ejerciendo esta facultad, la agencia debe elegir criterios de acuerdo con los objetivos generales, establecidos por las leyes antitrust y con otros objetivos, establecidos en su política a corto plazo. Hay que sopesar todas las posibles alternativas y elegir la decisión que menos distorsione el mercado, teniendo en cuenta, que el sistema económico “corrige” los monopolios más rápido que un error de los juzgados¹⁶⁸ o de la FTC.

Según Davis y Pierce¹⁶⁹ en el área de adjudication las Agencias tienen algunas prioridades ante los juzgados federales; se considera que dichas ventajas son las siguientes:

- 1) En el proceso de adjudication los gastos son mínimos en comparación con el proceso judicial que es más caro.
- 2) Se dan mejores resultados en cuanto a la eficacia y el cumplimiento de los plazos.
- 3) Los juzgados federales no siempre son capaces de resolver aquellos conflictos que estén relacionados con problemas específicos en sectores concretos.

2.1. Definición de Adjudication:

La Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) define dicho proceso como “el proceso de elaboración de una orden”¹⁷⁰ – Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) § 551/7, “orden” se define por la misma Ley como “la totalidad o parte de una resolución final de una Agencia, ya sea afirmativa, negativa, impeditiva o declarativa en cuanto a la forma, distinta de una disposición general, incluyendo la autorización”¹⁷¹.

¹⁶⁷ Seplaki, L. “Antitrust...”, op. cit., pp.14- 16.

¹⁶⁸ En este sentido Easterbrook, F. “The Limits of Antitrust”, 63 Tex. L. Rev.1, 15(1983). En relación con los problemas del proceso decisorio de la FTC ver, además Hylton, K. y Salinger, M. “Tying Law and Policy: a Decision- Theoretic Approach”, 69 Antitrust L. J. 351(2001); Kaplan, F. “Decision Theory and the Fact Finding Process”, 20 Stan. L. Rev. 1065(1968) y Beckner III, F. y Salop, S. “Decision Theory and Antitrust Rules”, 67 Antitrust L. J. (2000).

¹⁶⁹ Davis, K C. y Pierce R, J. Jr. “Administrative Law Treatise”, op. cit., p. 90-91.

¹⁷⁰ “process for the formulation of an order”.

¹⁷¹ “the whole or part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form of an agency in a matter other than rulemaking but including licensing”. -trad. de Moreno Molina, A.M.

2.2. Definición de órdenes (orders) – los actos administrativos singulares de la Federal Trade Commission.

Basándose en la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) se puede afirmar que la orden (order) es un acto singular administrativo que es definitivo y que puede ser afirmativo, negativo, acusativo o declarativo, incluidas las licencias, que es susceptible al control administrativo y judicial y cuyo objeto no es la facultad normativa (rulemaking). Según Davis y Pierce¹⁷² muchas categorías de actos de las Agencias pueden formularse como reglamentos o como órdenes y esto pocas veces lleva a problemas o dificultades a pesar de que existe un control judicial sobre la elección de las Agencias entre el “Rulemaking” y “Adjudication”¹⁷³. De este modo, después del proceso de investigación y en caso de que se considere que existe “razón justificada” (“reason to believe”) que la ley está infringida, la Federal Trade Commission puede “aplicar” las leyes “antitrust”(y asimismo las normas de protección de los consumidores y usuarios) por medio de “adjudication” o “rulemaking”.

Los medios tradicionales contra infracciones de la Federal Trade Commission Act son las ordenes de cesación y desistimiento (cease and desist orders)¹⁷⁴- 15 U.S.C.45(b). Se considera que estas órdenes tienen carácter de interdictos de no hacer y no son sanciones de tipo penal¹⁷⁵. En caso de su incumplimiento, a través de los juzgados se imponen multas de incumplimiento.

La Sec. 5 (b) de la Federal Trade Commission Act autoriza a la Comisión dictar una orden después de citación (notice) y audiencia (hearing) dirigida a la parte que infringe las leyes “antitrust” o participa en actos de competencia desleal. Esta orden obliga a la parte a “cesar” o “desistir” de la conducta prohibida. Las ordenes de cesación y desistimiento son eficaces (becomes final) 60 días después de su notificación (“after service”) excepto cuando existe un recurso contra dicha orden en vía administrativa o judicial. –15 U.S.C.45 (g)(2) y 16 CFR § 3.56/1996.

2.3. Los remedios civiles.

¹⁷² Davis, K. C. y Pierce, R. “Administrative Law Treatise”, op. cit., p. 377.

¹⁷³ Breyer, St. y Stewart, R. “Administrative Law and Regulatory Policy”, op. cit., p. 621.

¹⁷⁴ Ver Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op. cit., pp. 78- 79; Neale, A. D. “The Antitrust...”, op. cit., p.388, Angland, J. “Antitrust...”, op. cit, p.590.

Conviene recordar que en la sentencia *Jacob Siegel Co. v. FTC*, 327 U.S.608, 612(1946), el Tribunal Supremo afirma, que la FTC es el cuerpo de expertos, que determina cual es el remedio necesario para eliminar las prácticas anticompetitivas que han sido investigadas y que esta autoridad tiene atribuidos amplios poderes para enjuiciar y los juzgados no podrán intervenir, exepcto cuando el remedio elegido no tiene relación razonable con la práctica ilegal, que se ha enjuiciado.

Los remedios civiles se entienden como remedios para restablecer la competencia y no como una sanción para los infractores de las leyes antitrúst. Estos remedios se utilizan cuando las órdenes de cesación y desistimiento no son suficientes para impedir las restricciones a la competencia.¹⁷⁶

Los remedios civiles son : disolución, divestiture y divorcement. La disolución como medida más grave se utiliza en casos extremos¹⁷⁷ (abuso de posición dominante por parte de holdings o asociaciones) y se aplica mediante desposesión. Este remedio tiene como fin neutralizar el poder monopolístico (*Standard Oil Co. of New Jersey v. U. S.*, 221 U.S.1(1911)). Los Juzgados no toleran la aplicación de dicho remedio por las distorsiones del mercado y los daños a los consumidores, que puede causar. Por ejemplo en el caso *ALCOA- U.S. v. Aluminium Company of America*, 91 F. Supp. 333, 342-344, 399(S.D.N.Y. 1950) - se ha eliminado el control conjunto sin proceder a disolución.¹⁷⁸

Divestiture es la medida que se aplica a una empresa, cuando se le obliga a desprenderse de sus bienes inmuebles o otras partes de su patrimonio(por ej. acciones). El divorcement se aplica a algunos tipos de divestiture. Ejemplos significativos de aplicación del remedio divestiture son el caso *United States v. Paramount Pictures* 334

¹⁷⁵ Villegas Cayón, J. "Monopolio y competencia", ed. Librería Jurídica Villegas, Madrid, 1970, p.212; asimismo Areeda&Kaplow "Antitrust Analisis...", op. cit., p.78.

¹⁷⁶ Neale, A. D. "The Antitrust Laws of the United States.....", op.cit, p.401 y ss.; Areeda&Kaplow "Antitrust Analisis", op. cit., p.80; Villegas Cayón, J. "Monopolio y competencia", op. cit. p.p.112-113.

¹⁷⁷ Según Oppenheim, S. "Cases on Federal Antitrust Laws", ed. West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1959, p.1076, la disolución es la medida, que se aplica a través de divestiture o divorcement; ver asimismo Baker, E. "Dissolution, Divestiture and Divorcement: Are They Remedies under Sec. 5 of the FTC Act?", 16 Adm. L. Rev.222(1963- 1964).

¹⁷⁸ En esta misma sentencia el juez Knox afirma "de no estar completamente convencido – como yo no lo estoy – de que una desmembración de las propiedades de ALCOA debe efectuarse, me opongo a intentar alterar innecesariamente las fuerzas económicas e industriales, de las cuales el público ha recogido beneficios sustanciales y por los cuales todavía, continuará siendo servido..." – trad. de Villegas Cayón, J.; ver asimismo comentario de esta sentencia ed Areeda&Kaplow "Antitrust Analisis...", op. cit., pp.500- 503.

U.S. 131, 171(S Ct. 1948) así como la separación judicial de ATT.Divestiture¹⁷⁹ se aplica sobre todo en el caso de las fusiones con efectos anticompetitivos – E. I. Du Pont / General Motors, 353 U.S. 586, 607(S.Ct. 1957): en este caso se ha propuesto que Du Pont ofrezca 3 000 000 de acciones de General Motors a accionistas de Du Pont y otra parte a accionistas nombrados por el Tribunal.¹⁸⁰

Posner¹⁸¹ ha puesto de relieve que la desintegración no siempre es un remedio eficiente; por esta razón se ha procedido a esta medida pocas veces. Aplicando dicha medida, hay que tener en cuenta las consecuencias sobre los consumidores y usuarios por la desintegración de empresas que ofrecen productos y servicios, en base a economías de escala¹⁸².

De lo hasta aquí expuesto se deduce que siempre hay que tener en cuenta los costes sociales y administrativos de la desintegración de las empresas.

En este contexto, examinados los tres tipos de remedios civiles, es necesario precisar que cuando la FTC establece los remedios no es simplemente por la gravedad de las infracciones, sino por el resultado que se espera del proceso legal contra estas violaciones: para algunos casos(sobre todo de abuso de posición dominante) la simple orden de cesación o la imposición de multas no son remedios satisfactorios, porque hay que tomar medidas respecto a la existencia del monopolio(se puede proponer disolución de la empresa para dispersar el núcleo del poder económico). Pero existen asimismo unos límites prácticos para la aplicación de los remedios civiles¹⁸³ sobre todo cuando se trata de holdings que consisten en un número de empresas de diferentes dimensiones bajo un control financiero conjunto. En estos casos el holding se puede descomponer, restaurando la autonomía de cada una de las empresas-participantes. Al mismo tiempo, si se decide aprender de esta experiencia norteamericana hay que tener en cuenta que se trata de introducción de efectos pro-futuro, que deben ser analizados detalladamente

¹⁷⁹ Las sentencias Ekco Prods.Co. v. FTC, 347F. 2d 745(7th Cir. 1965) y Seeburg Corp. v. FTC, 425F. 2d 124(6th Cir. 1970) también ofrecen ejemplos de divestiture.

¹⁸⁰ Neale, A. D. “The Antitrust Laws of the United States.....”, op. cit., p.415; ver análisis de la sentencia en Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op. cit, p.822.

¹⁸¹ Vease Posner, R. “Antitrust Law...”, op. cit.,p.85- 92, donde el autor discute la eficacia de algunos casos de divestiture, por ejemplo Standart Oil(S. Ct. 1911), porque el monopolio de la empresa, despues de aplicar el remedio, se ha sustituido por monopolios regionales, el asunto American Tobacco Co.(S. Ct.1911) que sigue el esquema del primer ejemplo o el caso Du Pont(S. Ct. 1912); en el mismo sentido ver Dirlam&Kahn “Fair Competition...”, op. cit., p.259.

¹⁸² Asimismo Whish, R. “Competition Law”, ed. Butterworths, London, 1985, p.7.

¹⁸³ Neale, A. D. “The Antitrust...”, op. cit, p.419.

antes de proceder a estos remedios, analizando asimismo el mercado o mercados a que se aplican.

Un supuesto de particular importancia es el caso en que la empresa ejerce su abuso de posición dominante en base a patentes legalmente obtenidos. En varios casos el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha ordenado la cesión de la patente a otras personas jurídicas – Hartford– Empire Co.v.U.S.,323U.S.386,417(1945), U.S. v. United States Gypsum Co., 333 U.S.364, 400(1948)¹⁸⁴. Se considera que la confiscación de la patente es una medida extrema. Además de la licencia de las patentes se ordena la licencia de las innovaciones y futuras patentes que se puedan obtener a base de estas patentes, aunque no siempre se estima necesaria la aplicación de esta última medida para no privar las empresas de sus incentivos de investigación – Du Pont/ICI(S Ct. 1952):en este caso se ha ordenado a las empresas proporcionar manuales prácticos que expliquen detalladamente como se podrían realizar en la práctica las innovaciones.¹⁸⁵

Es importante destacar que los remedios civiles se aplican asimismo a las decisiones negociadas- el asunto U. S. v. ASCAP, 341 F. 2d 1003(2d Cir.), cert. denied, 382 U.S.877(1965).

Los poderes de la FTC pueden ser tan amplios como sea necesario para conseguir los objetivos del derecho antitrust.El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha reconocido una amplia discrecionalidad de la FTC para poder proceder a medidas que considere conveniente tanto respecto a una empresa determinada, como respecto a ramas enteras de la industria, en cuanto estas medidas no sean arbitrarias- FTC v.Universal Rundle Corp., 387 U.S.244(1967).

Como se ha podido observar , en el derecho antitrust norteamericano existen varias soluciones que permiten la prevención de los efectos anticompetitivos y las reincidencias.En la doctrina se ha puesto varias veces el énfasis sobre el efecto preventivo de los actos de la FTC en relación con el objetivo de conseguir(o mantener) una competencia efectiva. Las sanciones que se imponen por los juzgados muchas veces pueden ser insignificantes en comparación con las consecuencias de una posible segunda infracción. De lo hasta aquí expuesto se deduce que la misión de la FTC y de las autoridades antitrust en general es poder valorar los aspectos de una conducta en su totalidad y variedad (y valorar en algunos casos el conjunto de conductas en el mercado)

¹⁸⁴ Ver comentario de esta sentencia en Areeda&Kaplow “Antitrust Analysis...”, op. cit., p.80 y p.449.

¹⁸⁵ Neale, A. D. “The Antitrust...”, op. cit, p.419.

para tomar las medidas necesarias preventivas, lo que exige una mayor discrecionalidad de estas autoridades.

2.4. Alcance de los actos singulares administrativos de la Federal Trade Comisión.

2.4.1. Visión general.

La Federal Trade Commission cuenta con una discrecionalidad considerable en cuanto al ejercicio de su potestad de dictar órdenes. En *Jakob Siegel Co.v. FTC* - 327 US 608(1946), el Tribunal Supremo describió la Federal Trade Commission como “el cuerpo de expertos que puede determinar qué remedio es necesario para eliminar las prácticas desleales y engañosas en el comercio... La Federal Trade Commission tiene amplios poderes para resolución de conflictos y los juzgados no pueden interferir excepto cuando el remedio elegido es irrazonable en relación con las prácticas ilegales que se han demostrado”¹⁸⁶. Una valoración semejante se puede leer en *FTC v. Ruberoid Co* 343 US 470(1952) en la que se va a enfatizar más adelante en el trabajo o en *FTC v. Sperry&Hutchinson Co.* 405 US 233(1972), donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirma que la Sec.5 FTC Act autoriza a la Comisión para definir y prohibir las prácticas anticompetitivas, incluso cuando la práctica no infringe la letra o el espíritu de la Ley antitrust. La discrecionalidad asegura una mayor independencia del órgano especializado con el objetivo de cerrar todas las vías que conducen a resultados anticompetitivos¹⁸⁷. Además de estas interpretaciones de la práctica, que garantizan la discrecionalidad de la agencia, existen otras, que establecen la ampliación del alcance de los actos singulares, dictados por la FTC. Esta solución jurisprudencial es singular e innovativa, demostrando una vez más que la FTC está investida de amplios poderes para restringir las actuaciones anticompetitivas, a través de una concentración y balance de funciones(en el caso de las órdenes) - de funciones ejecutivas y quasijudiciales, para garantizar el éxito de su tarea. La solución de ampliar el alcance de las órdenes de la agencia no existe en las demás legislaciones de competencia, pero, dependiendo de las

¹⁸⁶ “the expert body to determine what remedy is necessary to eliminate the unfair or deceptive trade practices... It has wide latitude for judgement and the courts will not interfere except where the remedy selected has no reasonable relation to the unlawful practices found to exist”.

¹⁸⁷ En este sentido ver *Removatron Int. Corp. V. FTC*, 884 F. 2d 1489(1st Cir. 1989) y *Sterling Drug Inc. v. FTC*, 741 F. 2d 1141(9th Cir.1984), cert. denied, 470 U.S. 1084(1985).

circunstancias particulares, será de utilidad su aplicación en algunos casos del Derecho europeo de defensa de la competencia.

Así, los juzgados han insistido en que las órdenes de la Federal Trade Commission tengan alcance en todos los sitios donde el infractor tenga su negocio, a pesar de que la infracción esté demostrada en una área limitada (*Federal Trade Commission v. Anheuser Busch, Inc*, 363 U.S. 536 (1960)), incluidas las conductas similares a las ilegales (*Federal Trade Commission v. Mandel Bros* 359 U.S. 385, 391-93 (1959); *Joseph A. Kaplan & Sons v. la Federal Trade Commission*, 347, F. 2d 785, 788-89 (D.C. Cir. 1965)), extendiendo el alcance a productos similares a los que han sido objeto de la denuncia (*la Federal Trade Commission v. Colgate-Palmolive Co.*, 380 U.S. 374, 394-95 (1965)) y también ampliando el alcance de los actos a prácticas que se han realizado antes del inicio del procedimiento ante la Comisión (*American Medical Association v. Federal Trade Commission*, 638 F.2d 443, 450-51 (2d.Cir.1980)). Con lo expuesto se puede observar la ampliación del marco espacial y temporal de los actos singulares. Todo esto permite a la Comisión ejercer unas potestades más amplias con la posibilidad, además, de dictar órdenes contra uno, dos o más infractores a la vez (*Moog Ind. v. FTC*, 355 U.S.411(1958)).

A continuación se expondrán las demás ampliaciones y las limitaciones del alcance de los actos administrativos singulares de la FTC y los estándares para determinar dicho alcance.

2.4.2. Medidas contra conductas no declaradas como ilegales que amplían el alcance de las órdenes .

En la sentencia *Federal Trade Commission v. National Lead Co.* – 352 U.S. 419, 430 (1957)¹⁸⁸ por primera vez el Tribunal Supremo declara que la Comisión tiene el poder de prohibir prácticas legales que pueden ser utilizadas para facilitar las conductas ilegales. En otro asunto – *FTC v. Ruberoid Co.* 343 US 470(1952) el Tribunal Supremo afirma que la Comisión debe de cerrar todas las vías hacia el objetivo prohibido. De este modo la Federal Trade Commission incluye en sus órdenes disposiciones que prohíben varios aspectos de conductas legales¹⁸⁹:

¹⁸⁸ En la sentencia se afirma que “es obligación de la Comisión determinar el mejor remedio necesario para suprimir tal actitud y tomar las medidas para impedir su reincidencia”(“it is the Commission’s duty to determine to the best of its ability the remedy necessary to suppress such activity and to take every precaution to preclude its revival”).

¹⁸⁹ Angland, J (dir.) “Antitrust Law Developements”, op. cit., p. 592.

1) Restricciones sobre prácticas comerciales.

Los juzgados han confirmado órdenes que exigen la desintegración de adquisiciones según las disposiciones de la Sec. 5 del Federal Trade Commission Act o Sec. 7 de la Clayton Act. Estas órdenes prohíben el uso de prácticas legales por un período determinado para eliminar el efecto de una práctica ilegal (por ejemplo, se prohíben precios legalmente establecidos para eliminar los efectos de la fijación de precios – *Lenox, Inc. v. Federal Trade Commission*, 417 F.2d 126, 128 (2d.Cir.1969)). Incluso, con objeto de prevenir las prácticas ilegales, la Federal Trade Commission alguna vez ha ordenado la extinción de las marcas (trademarks) a pesar de su inscripción en el registro federal , pero los tribunales han afirmado que este debe ser un remedio excepcional, cuando no existe otra medida alternativa – *Jacob Siegel Co. v. Federal Trade Commission*, 327 U.S. 608 (1946), *Beneficial Corp. v. Federal Trade Commission*, 542 F. 2d 611 (3d Cir.1976), cert. denied, 430 U.S.983(1977).

Se considera que las restricciones de prácticas legales son necesarias para prevenir las restricciones de la competencia o para crear competencia, aunque los juzgados no siempre las confirman¹⁹⁰.

2) Publicidad de hechos relevantes para la defensa de la libre competencia.

Se trata de inclusión en las órdenes de una cláusula que obliga al infractor a publicar o revelar varios hechos o circunstancias: por ejemplo, los riesgos de inversión – *AMREP Corp. v. Federal Trade Commission*, 768 F.2d 1171 (10th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S.1034(1986), información sobre el contenido o ingredientes del producto – *Everseal Waterproo Corp*, 89 F.T.C. 110, 120-21 (1977), consent order, los efectos dañinos de algunos productos- *Johnson Prods. Co.*, 87 F.T.C. 206(1976). En estos casos se trata de publicidad de varios aspectos de la comercialización de productos determinados¹⁹¹.

¹⁹⁰ Ver *American Motor Corp. v. FTC*, 384 F. 2d 247(6th Cir. 1967).

¹⁹¹ En la mayoría de los casos la revelación de información se ordena por la FTC en asuntos de competencia desleal. Brennan, B. , en su artículo “Affirmative Disclosure in Advertising and Control of Packaging Design under the FTC Act”, 20 Bus. L. Rev.133(1964-1965) afirma, que es necesario que las empresas ofrezcan cierta información al consumidor: en el caso de los medicamentos- cuáles son sus efectos, contraindicaciones o posibles peligros para la salud que puedan resultar del medicamento; en caso de los productos alimenticios: más información sobre el contenido del producto. Ver asimismo Lemke, W. “Souped up Affirmative Disclosure Orders of the FTC”, 4 U. Mich. J. L. 180(1970-1971). Este remedio se puede utilizar tanto en los casos de competencia desleal, como en los asuntos antitrust.

Como se ha apuntado anteriormente, uno de los objetivos del derecho antitrust norteamericano es la protección de los consumidores y usuarios. Desde esta perspectiva se puede entender la actividad de la FTC, confirmada en la mayoría de los casos por los juzgados, de revelación de hechos en relación con las prácticas restrictivas de la competencia y las prácticas de competencia desleal.

3) Medidas correctivas.

Estas medidas se utilizan en caso de que haya existido un acto de falseamiento de la competencia en el pasado: el objeto de dichas medidas es restablecer el equilibrio anteriormente existente en el mercado – *Detroit Auto Dealers Ass’n*, 111 Federal Trade Commission, 417, 505-506 (1989) 955 F. 2d 457(6th Cir.), cert. denied, 506 U.S. 973 (1992)¹⁹².

Se puede resumir que la FTC tiene atribuidas amplias potestades para prevenir los efectos futuros de las conductas anticompetitivas y esto hace su misión más efectiva. Hay que analizar, en todo caso, los pros y los contras para cada caso concreto de tales medidas, para que las mismas no distorsionen el equilibrio en el mercado.

2.4.3. Limitaciones del alcance de las órdenes de la Federal Trade Commission.

1) Las limitaciones establecidas por la Primera Enmienda (First Amendment) de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Desde la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* – 425 U.S. 748 (1976), la Primera Enmienda es un límite importante¹⁹³ del poder de la Federal Trade Commission para establecer obligaciones para las partes sobre todo en casos de competencia desleal. Se trata de los casos de publicidad comercial (commercial advertising) cuando se ha probado que el infractor ofrece una información falsa o engañosa sobre las cualidades u

¹⁹² En el derecho de defensa de los consumidores es muy utilizada la medida “publicidad correctiva” con el objetivo de prevenir los efectos dañinos sobre los consumidores de una publicidad actual o en el pasado; ver Cornfeld, R. “New Approach to an Old Remedy: Corrective Advertising and the FTC”, 61 Iowa L. Rev. 693 (1975- 1976) y Angland, J. “Antitrust...”, op. cit., p. 594.

¹⁹³ Ver Knapp, S. “Commercial Speech, the FTC and the First Amendment”, 9 Man. St. U. L. Rev. 1 (1978-1979); Posner R. “Antitrust Law...”, op. cit., p. x; Note “Constitutional Law- Freedom of

otras características del producto, pero también se deben tomar en consideración otros casos en el derecho antitrust, como discursos cuyo objeto es fijar precios o establecer límites de la contratación entre empresas¹⁹⁴.

Se ha establecido que la Primera Enmienda permite la prohibición de la publicidad comercial falsa o engañosa, pero no permite tomar más medidas que las necesarias para prevenir el engaño para el futuro o para corregir los efectos de un engaño en la publicidad comercial que se ha producido en el pasado – *Standart Oil Co. v. Federal Trade Commission*, 577 F. 2d 653, 662 (9th Cir. 1978); En otra sentencia se ha afirmado que la Federal Trade Commission como cualquier agencia puede prohibir cualquier restricción respecto a la libre competencia, pero la medida que esté aceptada, a pesar de la existencia de publicidad comercial engañosa no puede ir más allá de la eliminación del efecto del engaño – *Beneficial Corp. v. Federal Trade Commission*- 542 F. 2d 611 (3d Cir. 1976), cert. denied, 430 U.S. 983(1977).

De este modo los juzgados insisten en las restricciones razonables en relación a la publicidad comercial: se ha establecido que la publicidad comercial no está protegida por la Primera Enmienda, así que puede ser objeto de regulación, lo que no es posible en otros casos como por ejemplo los discursos políticos - *United States v. Reader's Digest Association*, 662 F 2d. 955, 965 (3d Cir. 1981).

2) El estándar razonable¹⁹⁵.

A pesar de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de la Federal Trade Commission de dictar órdenes, éstas deben ser justificadas por las causas que han llevado a la aprobación del Federal Trade Commission Act – *Chrysler Corp.v.Federal Trade Commission*, 561 F. 2d 357, 364 (D.C. Cir. 1997), incluida la eliminación de los efectos futuros – *Federal Trade Commission v. Ruberoid Co.*, 343 U.S. 470, 473 (1952); *TRW Inc. v. Federal Trade Commission*, 647 F.2d 942, 954 (9th Cir. 1981).A pesar de esto los juzgados han revocado o modificado órdenes (en muchos casos partes de

Speech and Press- Commercial Speech is Not Protected by the First Ammendment”, 48 Tul. L. Rev. 426(1974).

¹⁹⁴ *National Society of Professional Engineers v. U.S.*, 435 U.S.679,697(1978) en relación con *American Medical Assoc. v. FTC* 638 F. 2d 443, 452(2d Cir. 1980).

¹⁹⁵ Ver Kintner, E. “Scope of FTC Orders in Price Discrimination Cases”, 14 Bus. L. Rev. 1053(1958-1959); Kauper, T. “Cease and Desist: the History, Effect and Scope of Clayton Act orders of FTC”, 66 Mivch. L. Rev., 1095(1967- 1968) y la sentencia *Jacob Siegel Co. v. FTC*, 327 U. S. 608(1946) en que se establece, que la FTC es un cuerpo de expertos con amplia discrecionalidad y los juzgados no deben

disposiciones de órdenes) que no están claras, en que se sobrepasan las competencias de la Comisión, que no están confirmadas en la práctica de la Federal Trade Commission o que no eliminan los efectos futuros de la infracción.

Los factores que los juzgados consideran importantes en relación con el estándar razonable y la discrecionalidad de la Federal Trade Commission en su tarea de dictar órdenes de cesación y desistimiento como medidas de defensa de la libre competencia, son los siguientes:

a) El grado de la violación.- “magnitude of the violation” – Litton Indus. v. Federal Trade Commission, 676 F.2d 364, 372 (9th Cir. 1982); Grand Union Co. v. Federal Trade Commission, 300 F. 2d 92, 100 (2d. Cir. 1962), cert denied, 372 U.S. 910(1963).

b) La frecuencia y duración de la ifracción.- R.H. Macy § Co. v. Federal Trade Commission, 326 F.2d 445, 50 (2d. Cir. 1964); Korber Hats,Inc. v. FTC 311 F. 2d 364(1st Cir 1962).

c) El negocio y las violaciones pasadas de las leyes antitrust cometidas por el infractor – American Home Products Inc. v. Federal Trade Commission, 402 F.2d 232, 237 (6th Cir. 1968).

d) La posibilidad de que el demandado (respondent) ha conocido o debería de haber conocido una nueva interpretación de la Federal Trade Commission en la aplicación de una ley “antitrust” por cierta incertidumbre que había existido en la práctica – R.H. Macy § Co. v. Federal Trade Commission, 326 F.2d 445, 450 (2d Cir. 1964); Grand Union Co. v. Federal Trade Commission, 300 F.2d 92, 100 (2d. Cir. 1962), Ford Motor Co. v. Federal Trade Commission, 673 F.2d 1008 (9th Cir. 1981).

e) La “relación razonable” entre la valoración de las pruebas que se demuestran y las conclusiones finales de la Comisión – Porter § Dietsch Inc. v. Federal Trade Commission, 605 F.2d 294, 304, 307 (7th Cir. 1979), Federal Trade Commission v. Brown § Williamson Tobacco Corp., 778 F.2d.35, 43 (D.C. Cir. 1985)¹⁹⁶ – en este aspecto se insiste más adelante en el trabajo.

interferir en sus consideraciones, exepcto si el remedio establecido no tiene relación razonable con las prácticas que se han probado.

¹⁹⁶ Se dan más casos de falta de “relación razonable”: por ejemplo en la sentencia Chrisler Corp. v. FTC 561 F. 2d 207(2d Cir. 1976), el tribunal establece que la orden no está relacionada con las infracciones.

f) La inexistencia de medidas razonables de prevención de violaciones futuras del mismo tipo – *Floersheim v. Federal Trade Commission*, 411 F.2d 874 (9th Cir. 1969), *Federal Trade Commission v. Army and Navy Trading Co.* 88 2d 776 (D.C. Cir. 1937).

g) Las decisiones arbitrarias- *Marco Sales Co. v. FTC*, 453 F. 2d 1(2d Cir. 1971).

Todas estas limitaciones del alcance de las órdenes son necesarias para prevenir actos arbitrarios de la FTC y asimismo para prevenir los posibles errores en la persecución de las infracciones antitrust. Como se verá más adelante, estas limitaciones se imponen solo en las situaciones que se han señalado, en casos extremos y en los demás casos, la FTC como un cuerpo de expertos, tiene atribuidos amplios poderes de decisión.

2.5. Sanciones.

La Sec.5L FTC Act – 15 USC 45L prevé multas de hasta 10 000 dólares por desobediencia a una orden final de cesación o desistimiento, que se imponen por los juzgados federales después de un proceso, llevado por el Attorney General. En caso de infracción continuada cada día de infracción se considera un delito distinto.

2.6. El control judicial sobre las órdenes dictadas por la Federal Trade Commission.

2.6.1. Requisitos para la interposición del recurso según la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo):

Para la interposición del recurso, según el 15 U.S.C. 45(c) se requiere un acto administrativo definitivo que agote la vía administrativa.

Existe un acto definitivo cuando la Comisión ha dictado una resolución final¹⁹⁷ en la que se pronuncia sobre el fondo del asunto. Tradicionalmente la exigencia de un acto definitivo estuvo ligada a la existencia de un acto con destinatario concreto y

¹⁹⁷ 15 USC 45 (g),(h),(i), (j)– Sec. 5(g) 2 del Federal Trade Commission Act expone los requisitos de la resolución final.

determinado en cuya esfera jurídica se harían inmediatamente ejecutivos los efectos derivados del mismo¹⁹⁸. Pero el Tribunal Supremo ha venido sentando que tales actos constituyen actos definitivos sin necesidad de que se apliquen a una persona concreta a través de un acto de ejecución¹⁹⁹ – Abott Laboratorios v. Gardener, 387 U.S. 136 (1967). También han equiparado al acto definitivo a efectos del recurso los supuestos de silencio administrativo²⁰⁰. En la sentencia Federal Trade Commission v. Standart Oil Co. 449 US, at 232(1980) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirma que un acto de la Comisión es definitivo en el sentido de la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) cuando:

- 1) Constituye una postura definitiva de la política de la Comisión.
- 2) Tiene efecto directo e inmediato en el negocio diario del recurrente.
- 3) Tiene cobertura legislativa (status of law).
- 4) En que existe un mandato de cumplimiento inmediato.
- 5) Trata una cuestión o problema legal que puede ser objeto de resolución judicial.
- 6) Se trata del procedimiento rápido (“speed enforcement”) del Federal Trade Commission Act – 5 USC § 704 (1994).

En segundo término existe el requisito de que el acto agote la vía administrativa, lo que implica que el recurrente, antes de acudir a los Tribunales interponga todos los recursos previos que se pudieran interponer en vía administrativa – Federal Trade Commission v. Standart Oil Co., 355 US 396, 401 (1958).

2.6.2. La interposición del recurso: La Sec. 5 (c) de la Federal Trade Commission Act – 15 USC § 45 (b) (1) (1994) requiere que la parte presente su reclamación o demanda (appeal) en un plazo de 60 días después de que la orden esté dictada (issuance).

¹⁹⁸ Steward, Richard B. “Breve introducción al sistema estadounidense de judicial review o control judicial de la actividad administrativa” en Barnés, J. (ed.) “La justicia administrativa en el derecho comparado”, ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 573.

¹⁹⁹ En este sentido las sentencias Pepsi Co. Inc. v. Federal Trade Commission, 478 F. 2d 179 (2d Cir. 1972), Coca-Cola Co. v. Federal Trade Commission, 475 F.2d 299 (5th Cir).

2.6.3. Jurisdicción.

El recurso se presenta en el Juzgado del Distrito donde el demandante reside o lleva sus negocios o en cualquier distrito en que se han producido los hechos que son objeto de la orden – 15 USC § 45 (c) (1994).

2.6.4. Legitimación.

Según 15 USC § 45 (c) la interposición del recurso se puede realizar por cualquier persona, sociedad o corporación contra quien se ha dictado una orden de cesación o desistimiento²⁰¹.

2.6.5. Poderes del Juzgado.

El Juzgado puede “confirmar, modificar o revocar²⁰²” la orden de la Comisión – 15 USC § 45 (a) (1994)²⁰³.

En la práctica, exepcto en los casos de revisión ex novo, que no son frecuentes, se ha sostenido que el juzgado no está facultado para sustituir su discrecionalidad por la de una agencia, ejerciendo poderes ejecutivos²⁰⁴.

De este modo los poderes de los juzgados para el control de los actos de la FTC, como se va a analizar a continuación, son muy limitados. Además, se ha afirmado que el alcance del control difiere según el acto aplicable (Sherman, Clayton o FTC Act). Así, cuando la FTC actúa bajo la Sec.5 del FTC Act, los tribunales reconocen una amplia discrecionalidad de la agencia, pero requiriendo razonamientos que justifiquen sus actuaciones – FTC v. Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 233, 244 (1972)²⁰⁵.

Es importante destacar que la valoración de las pruebas de la Federal Trade Commission vincula al juez – 15 USC § 45 (c) (1994) en relación con 5 USC § 706 (2) (E) (1994), Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists 476 US 447, 454 (1986), Federal Trade Commission v. Standart Oil Co., 355 US 396, 401 (1958), Universal Camara Corp. v. NLRB 340 US 474, 477 (1951) y esta es una de las causas por las que los juzgados modifican o confirman una gran cantidad de órdenes y la

²⁰⁰ Breyer, St. y Stewart, R. “Administrative Law and Regulatory Policy”, op. cit., p. 1119.

²⁰¹ En este sentido ver Consumer Federation of América v. FTC, 515 F.2d 367 (D.C. Cir. 1975), donde el tribunal afirma que el Congreso autoriza el control judicial sobre las órdenes de la FTC exclusivamente en base a un requerimiento de las partes, que son sujeto de las órdenes.

²⁰² “affirmating, modifying, or setting aside the order of the Commission”.

²⁰³ Ver comentario de este texto en Areeda & Kaplow “Antitrust Análisis”, op. cit, p.81.

²⁰⁴ Attorney General’s Manual on APA, 1947, p.108; Angland, J. “Antitrust...”, op. cit., p.625 ; ver asimismo el asunto Ukiah Adventist Hospital v. FTC, 981 F. 2d 543, 551 (D.C. Cir. 1992), cert. denied, 510 U. S. 825 (1993).

revocación no es un caso frecuente. La valoración de las pruebas se tiene que dejar en manos de la agencia, para que ella cumpla su misión específica en el sector y el juez no puede interferir en esta actuación de la FTC²⁰⁶, porque en caso contrario se sobrepasan los límites de la separación de poderes.

2.6.6. Suspensión de la eficacia de las órdenes de la Federal Trade Commission.

Antes de las Enmiendas de la Federal Trade Commission Act del año 1994 – 15 USC §§ 41-57c (1994) – la interposición de recurso ante los juzgados federales producía la suspensión de la eficacia de los actos de la Federal Trade Commission. Después de la entrada en vigor de las Enmiendas, las órdenes son ejecutivas 60 días después de su notificación (after service), excepto los casos de suspensión de la ejecución por la propia Comisión o por los juzgados. De acuerdo con la Sec. 5(g).2 de la Federal Trade Commission Act la parte recurrente puede solicitar la suspensión de la eficacia de la orden por la propia Comisión. En caso de que dicha petición esté denegada o si se produzca silencio (silencio negativo) en plazo de 30 días el recurrente tiene derecho de solicitar la suspensión del juzgado de apelación en que está pendiente el recurso de revisión o del Tribunal Supremo si se ha pedido certiorari (revisión del acto) – 15 USC 45 (g) (2) (1994), 16 CFR § 3.56 (1996).

Existen cuatro supuestos en que la Comisión está obligada a suspender la eficacia de la orden dictada:

- 1) Cuando la parte ha demostrado que existe posibilidad de que no sea culpable de la infracción.
- 2) Cuando el presunto infractor va a sufrir irreparables daños y perjuicios si no se le concede la suspensión.
- 3) Si la suspensión va a afectar sustancialmente a terceros interesados.
- 4) Cuando existe un interés público (16 CFR § 3.56 (c) (1996))²⁰⁷.

Se dan asimismo tres casos en que las órdenes dictadas en aplicación del Federal Trade Commission Act no producen sus efectos automáticamente a pesar de que no se ha producido una suspensión:

²⁰⁵ Ver Areeda&Kaplrow “Antitrust análisis...”, op. cit., p.82.

²⁰⁶ Ver especialmente Daniels, W. “Judicial Review of the FactFindings of the FTC”, 14 Wash. L. Rev.37(1939).

²⁰⁷ California Dental Ass’n, No. 9259 (Federal Trade Commission May 22, 1996).

- 1) Cuando existe un proceso civil para imposición de multas conforme con la Sec. 5 (m) (1) (b) Federal Trade Commission Act – 15 U.S.C. § 45 (m) (1) (b) (1994).
- 2) Cuando existe compensación del consumidor (“consumer redress”) en virtud de la Sec. 57 b (a) (2) Federal Trade Commission Act – 15 U.S.C. § 57 b (a) (2) Sec. 45 (g) (3) Federal Trade Commission Act.
- 3) Cuando en la orden están incluidas disposiciones específicas que requieren divestitura de acciones o de todo el capital. En este caso las órdenes no producen sus efectos antes de la terminación de la revisión administrativa o judicial relevante a las órdenes. Pero hay que subrayar que todas las demás disposiciones de las mismas producen sus efectos automáticamente (60 días después de su notificación), excepto en casos de suspensión – Sec. 45(g) (1994) Federal Trade Commission Act, 16 CFR § 3.56 (a) (1996).

Hay que tener en cuenta, que siempre, cuando se procede a suspensión, se deben ponderar los efectos que ésta causará al interés público o a otros terceros y el perjuicio que se causa al infractor, si se mantiene la eficacia del acto. Como se puede observar, por medio de las Enmiendas del FTC Act se asegura la plena protección de los intereses, afectados por la conducta ilegal.

2.6.7. Las doctrinas sobre el control judicial – visión general.

De acuerdo con la teoría administrativa norteamericana (Breyer y Stewart)²⁰⁸ se debe recordar que los tribunales aplican los siguientes motivos en el control de los actos singulares de las Agencias²⁰⁹:

²⁰⁸ Breyer, St. y Stewart, R. “Administrative Law and Regulatory Policy”, op. cit., p. 67; vease asimismo Fox, W. “Understanding...”, op. cit., p.289 y el Attorney General’s Manual on the Administrative Procedure Act”, 1947, pp.93- 104.

²⁰⁹ Según la Sec. 706 de la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo): en medida que sea necesaria para la Sentencia y cuando se suscite el Tribunal revisor decidirá todas las cuestiones de Derecho que sean relevantes, interpretará las disposiciones constitucionales y legislativas y determinará el significado o la aplicabilidad de los términos de una acción administrativa. El Tribunal revisor: 1) compelerá la acción de la Agencia que se haya retenido ilegalmente o retrasado irrazonablemente, y 2) declarará ilegal y anulará la acción de la Agencia, así como sus determinaciones de hechos y conclusiones que:

- a) sean arbitrarios, caprichosos, o en abuso de discrecionalidad o en desacuerdo con la Ley.
- b) contrarios a un derecho, poder, privilegio o inmunidad constitucionales.
- c) excedan de la jurisdicción, competencia o limitaciones legislativas o carentes de potestad conferida por la Ley.
- d) se hayan dictado sin observancia del procedimiento requerido por la Ley.
- e) no estén apoyados en evidencia sustancial en los supuestos de las secciones 556 y 557 de este título (relativos a procedimientos “formales” de elaboración de disposiciones generales y de actos singulares) o si, de algún modo, son revisados sobre la base del expediente del procedimiento con audiencia que exija una determinada ley; o no estén justificados por los

- a) La doctrina de no delegación (Nondelegation Doctrine): los juzgados pueden derogar una delegación amplia de poderes tanto en el área de la adjudication como también en el caso de la creación de normas²¹⁰.
- b) Revisión de los hechos – se trata de la revisión de la relación hechos probados - conclusiones de la Comisión.
- c) Revisión en Derecho – si el acto de la Agencia encaja con las Leyes Federales y la Constitución.
- d) Revisión del Procedimiento – si el acto se ha dictado de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.

Es necesario hacer asimismo referencia a la posibilidad de que una decisión sea atacada por el motivo “arbitraria y caprichosa”. Hay que insistir que son pocos los supuestos con probabilidad de éxito, invocando este motivo: en la clásica sentencia *Chevron USA, Inc. v. NRDC, Inc.*, 467 U.S. 873 (1984) el Tribunal Supremo de los EE.UU. ha establecido, que los jueces no son expertos en la materia, conferida a la agencia, además el Presidente y el Congreso deben hacer las elecciones políticas y no los jueces. En otra sentencia²¹¹ se ha indicado, que cuando una agencia (en este caso la Nuclear Regulatory Commission) ejerce su potestad de establecer la política pública, el tribunal revisor, en general, tiene que ser deferente. De este modo no se permite a los juzgados revisar ocasionalmente las decisiones de la FTC, basándose en el motivo citado. No se ha de olvidar que la deferencia de los jueces en el derecho norteamericano se relaciona directamente con la doctrina de separación de poderes: el juez no puede interferir en las potestades del Ejecutivo.

hechos, en la medida en que los hechos están sometidos a un juicio de novo (nuevo enjuiciamiento de los hechos) por el Tribunal revisor”.

- traducción de Moreno Molina, A. M.

²¹⁰ Al Legislativo no está permitido delegar plenos poderes normativos a una agencia, vease un comentario detallado en Fox, W. “Understanding...”. p.22.

²¹¹ *Baltimore Gas and Electric Co. v. NRDC*, 462 U.S. 87 (1983).

2.6.8. Supuestos de revisión de las órdenes dictadas por la Federal Trade Commission.

El estándar de revisión depende de si la cuestión presentada es una cuestión de hecho o derecho. Esta distinción es esencial para el funcionamiento del principio de separación de poderes, porque las cuestiones de hecho (en el ámbito de las que entra la valoración de las pruebas) se deciden por expertos en la materia y únicamente las cuestiones de derecho se pueden decidir *ex novo*²¹².

1. El control de los hechos.

El control de los hechos en la doctrina norteamericana siempre se ha relacionado con la deferencia de los tribunales en función de las amplias facultades ejecutivas de la FTC y las demás agencias en materia de adquisición de pruebas y de hacer conclusiones, basadas en estas pruebas. Como ya se ha afirmado, estos postulados jurisprudenciales se relacionan con el principio de separación de poderes. A pesar de esto, alguna vez se ha considerado²¹³, que si se otorga a la agencia la facultad exclusiva de adquirir pruebas y el tribunal sea deferente con las mismas, las agencias buscarían cualquier elemento de prueba sin tener en cuenta la razonabilidad de estas pruebas o las conclusiones que se puedan deducir de ellas. De este modo las agencias cambiarían el funcionamiento y/o los objetivos de las normas y esto llevaría a una arbitrariedad excesiva. Considero que esta es la línea general que justifica el control de los hechos en el derecho antitrust norteamericano.

La primera nota importante en relación con el control de los hechos es que el tribunal debe examinar “all the record”, es decir todos los hechos y las pruebas, y no exclusivamente los hechos y las pruebas que otorgan cobertura a la decisión. Este principio, llamado “hard look” y empleado tanto en el proceso de adjudication como en la creación de normas, es un principio básico para el juez norteamericano²¹⁴.

²¹² Ver Schwartz, B. “Administrative Law”, op. Cit., p.632; Daniels, W. “Judicial Review of the Fact Findings of the FTC”, 14 Wash. L. Rev. 37 (1939); Ellison, N. “Court Review of FTC Decision Orders”, 1 Food Drug Cosm. L. Q. 239 (1946) donde se ha argumentado la postura contraria con propósito de ampliar dicho control, pero la práctica sigue la línea de deferencia, ver por ej. la sentencia *Facet Enterprises v. NRBL*, 907, F. 2d 963, 970 (10th Cir. 1990).

²¹³ Breyer & Stewart “Administrative law”, op.cit., p.216.

²¹⁴ Sobre “hard look” se puede consultar Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.290 y 297; Breyer & Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.214; la sentencia *Universal Camara Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474 (1951). En esta última sentencia por primera vez se definen las dos fases en plano procesal de la revisión de las pruebas por la agencia:

- la fase de la adquisición de pruebas (fact gathering)

En segundo lugar el tribunal decide si los hechos relevantes²¹⁵ han quedado suficientemente probados. Por ejemplo, en la sentencia *E. J. Du Pont de Nemours & Co. v. Federal Trade Commission*, 729 F. 2d 128 (2d Cir. 1984) el juez ha afirmado que no existen pruebas de que las prácticas citadas afectan a la libre competencia. Hay que examinar, además todas las pruebas, tanto las “favorables” para la decisión, como las que no soportan la decisión de la agencia²¹⁶.

Cuando las pruebas sustanciales son insuficientes y contradictorias con otras pruebas que constan en el Acta, el juzgado no acepta las conclusiones de la Federal Trade Commission – *Equifax Inc. v. Federal Trade Commission*, 678 F.2d 1047, 1052-53 (11th Cir. 1982). El tribunal no acepta las conclusiones de la FTC cuando no se soportan por las pruebas sustanciales – *Boise Cascade Corp. V. FTC*, 637 F. 2d 573,581(9th Cir.1980). Existen pruebas sustanciales cuando “para una mente razonable ciertas pruebas relevantes son adecuadas para soportar la conclusión” – *American Home Products Corporation v. Federal Trade Commission*, 695 F. 2d 681, 686 (3d Cir. 1982), conforme al asunto *Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S 454(1986)²¹⁷, donde se establece además, que el estándar de revisión de Sec.5 del FTC Act es “esencialmente idéntico” al “substantial evidence test”²¹⁸.

Además, en cuanto a las pruebas se debe insistir en que el juzgado siempre toma en consideración los peritajes²¹⁹ de la Federal Trade Commission, investigando si una práctica determinada es anticompetitiva o desleal– *FTC v.Cement Indus.*, 333 U.S.683(1948), *FTC v. Colgate Palmolive Co.*, 380 U.S.374(1965), *Atlantic RFG. Co. v. Federal Trade Commission*, 381 U.S. 357, 367-68 (1965); es obvio que los

- revisión de las conclusiones, basadas en estas pruebas.

²¹⁵ Así, la decisión *Papercraft Corp. v. FTC*, 472 F.2d 927(7th Cir.1973) no ha sido soportada por ningún hecho relevante.

²¹⁶ *Fruehauf Corp. v. FTC*, 603 F. 2d 345, 351(2d Cir. 1979).

²¹⁷ En este sentido ver asimismo Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.640; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.295; Stason, E. “Substantial Evidence”, *Adm.L.*, 89 U. Pa.L.Rev. 1026(1941); Jaffe, J. “Judicial Review: Substantial Evidence on the Whole Record”, 64 *Harv.L.Rev.* 1233(1951). Es de gran interés apuntar, que en palabras del Juez Scalia el “substantial evidence test” es aplicación esporádica (deducción) del criterio de revisión, cuando se considere que una decisión es “arbitraria y caprichosa”. Según Scalia la distinción entre los dos criterios es semántica y la medida para los dos es la razonabilidad: la diferencia entre los dos conceptos es más bien de técnica que de sustancia analítica– *Assoc. of Data Processing Service Org., Inc. v. FRB*, 745 F.2d 677(D.C.Cir. 1984); ver asimismo el artículo de Shapiro & Levy “Judicial Incentives and Indeterminacy in Substantive Review of Administrative Decisions”, 44 *Duke L. J.* 1051(1995) según que no existen unos estándares de revisión de los hechos que tengan un alcance determinado.

²¹⁸ En un sentido similar - las sentencias *FTC v. Standart Oil Co.*, 355 U.S. 396, 401(1958), *Beneficial Corp. v. FTC*, 542 F. 2d 611, 616(3rd Cir. 1976), cert. denied, 430 U.S. 983(1977).

²¹⁹ Ver Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., p.629.

tribunales(compuestos por jueces “generalistas”) no podrían cuestionar una valoración de expertos.

En tercer lugar el Tribunal analiza si los hechos otorgan cobertura a la decisión adoptada.Como se ha señalado anteriormente, la Federal Trade Commission está autorizada a dictar órdenes de cesación o desistimiento, previa notificación y audiencia de las partes, en caso de que esté infringida la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act –15 USC § 45 (b) (1994)- o cualquier sección de la Clayton Act que se aplica por la Federal Trade Commission –15 USC § 21 (b). Con base en los citados preceptos, existe un alcance muy limitado para la revisión judicial de las conclusiones de la Federal Trade Comisión.Según otra sentencia: “las conclusiones sobre hechos no pueden ser excluidas en caso de que las pruebas, que constan en el Acta, soporten razonablemente las deducciones administrativas, aun cuando las supuestas conclusiones alternativas pueden ser de igual modo razonables y convincentes o más razonables y convincentes”²²⁰.Si no fuese así , el resultado hubiese sido que los juzgados interfieran en la política pública que ejerce la autoridad : esto puede obstruir los objetivos de la agencia²²¹ y distorsionar el equilibrio de poderes(checks and balances).Las conclusiones deben ser confirmadas, excepto cuando son erróneas, pero no pueden ser erróneas cuando las pruebas sustanciales las soportan – Colonial Stores v. la Federal Trade Commission, 450F. 2d 733, 739-40 (5th Cir. 1971), confirmando en RSR Corp.v. Federal Trade Commission 602 F 1217, 1320 (9 th Cir. 1979), Equifax Inc. v. Federal Trade Commission 602 F 2 d, 63 (9 th Cir. 1980)- en esta última sentencia no se confirman las conclusiones de la Comisión: “las pruebas sustanciales no soportan la conclusión de la Comisión de que se ha producido infracción de la Clayton Act”²²².

²²⁰ “Findings of fact cannot and will not be set aside if the evidencie in the record reasonably supports the administrative conclusion even though suggested alternative onclusions may be aqueally or even more reasonable and persuasive. The findings must stand unless they were wrong, and they cannot be wrong – that is reversibly wrong- if substantial evidence supports them”, Colonial Stores v. Federal Trade Commission, 450 F. 2 d 733, 739-40 (5 th Cir. 1971).En la sentencia Adolph Coors Co. v. FTC, 497 F.2d 1178, 1184(10th Cir.1974),cert. denied, 419 U.S.1105(1975) se afirma, que las conclusiones de la FTC deben ser razonables, no basadas en meras conjeturas o especulaciones- ver asimismo American Optometric Assoc. v. FTC, 137 F.2d 490, 494(3d Cir.1943)- las conclusiones están hechas en base a especulación o J.B.Lipincott Co. v. FTC, 137, F.2d490, 494(3th Cir 1943), según cual “las pruebas son completamente casuales y soportan de igual modo cada una de las dos deducciones contradictorias o inconsistentes, no pudiendo soportar alguna de las deducciones y excluir la otra”.Además, aunque la deducción de la FTC es razonable, el tribunal no puede ser deferente a la misma, cuando es contradictoria a otras pruebas directas- Marcus v. FTC, 354 F. 2d85(2d Cir.1965).

²²¹ Schwartz, B. “Administrative Law”, op. cit., pp.624 – 625; Breyer&Stewart “Administrative Law...”. op.cit., p.195.

Junto con la exigencia de que las pruebas sustanciales soporten las conclusiones de la Federal Trade Commission los juzgados requieren también otro requisito: conexión racional entre la valoración de las pruebas y las conclusiones finales de la Comisión: es decir, la conclusión de que existe o no práctica anticompetitiva(o de competencia desleal). De este modo dicha conclusión abarca cuestiones de hecho y derecho –American Home Products Corporation v. Federal Trade Commission, 695 F. 2d 681, 686 3d Cir. 1982).

2. Infracciones jurídicas.

La cuestión más importante en este aspecto es si el juez debe tratar las cuestiones de derecho con el mismo respeto como las conclusiones sobre hechos.(factfindings).¿Puede el tribunal decidir las cuestiones de derecho de una manera independiente de las interpretaciones jurídicas de la agencia?

Breyer y Stewart²²³ afirman que las dificultades surgen cuando la agencia no ha separado las conclusiones sobre hechos de la parte jurídica de la decisión(se trata de las así llamadas cuestiones “mixtas”), pero a veces es difícil separar los dos tipos de conclusiones.Del mismo modo Schwartz²²⁴ distingue tres variantes: revision de hechos básicos, interpretación del derecho basándose en los hechos, y cuestiones de derecho puro.Se considera que los tribunales pueden evitar soluciones deferentes exclusivamente en el tercer supuesto.De acuerdo con otra clasificación, del Juez Friendly²²⁵, se dan tres categorías de casos en la práctica: casos, en que se tiene que averiguar cómo, cuándo , dónde , quién, etc...: se trata de hechos que no es difícil aclarar; casos, en que es difícil conjugar los hechos con la norma jurídica y casos en que el problema principal es cómo interpretar el texto legal.

Se acepta unánimamente, que la competencia de los juzgados, sin interferir en la actividad de la agencia, son exclusivamente el tercer tipo de supuestos, o las así llamadas cuestiones de “derecho puro”.A pesar de esto algunas cuestiones de derecho se tienen que decidir por la FTC.Así en la sentencia FTC v. Ruberoid Co(S Ct.1952), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirma que la Comisión debe tener discrecionalidad cuando interpreta la Ley.Se ha constatado varias veces, que la decisión

²²² “substantial evidence did not support the Commission conclusion that a violation of the Clayton Act occurred”.

²²³ Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.281.

²²⁴ Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.643.

²²⁵ En la sentencia NLRB v. Marcus Trucking Co., 286 F. 2d 583(2d Cir.1961).

de la agencia es revisada, solamente en los casos, en que las conclusiones jurídicas son irrazonables, impermisibles o arbitrarias²²⁶.

Cuando los tribunales se resisten a confirmar las interpretaciones jurídicas de la agencia, se enfatiza que los tribunales son la última instancia para interpretar el sentido de las normas- conviene citar dos antiguas sentencias en relación con la FTC- FTC v. Gratz, 253 U.S. 421, 427(1920) y FTC v. Beach- Nut Packing Co., 257 U.S.441, 453(1922): ha habido casos de anulación de órdenes de la FTC²²⁷. En general las interpretaciones administrativas se rechazan por inconsistencia con la letra o el espíritu de la ley, o porque no siguen los objetivos o la política, establecidos por el Congreso²²⁸.

Considero conveniente señalar, que de acuerdo con la sentencia NRDC v. EPA, 725 F. 2d 761, 767(D.C.Cir.1984) existen dos extremos, en cuyas direcciones está orientada la práctica:

- la doctrina de la interpretación judicial de la norma, según la cual los tribunales son los árbitros finales de la aplicación de la ley, de acuerdo con el sentido original, que le ha querido conferir el Congreso
- la plena deferencia, con que los tribunales aceptan las interpretaciones normativas de la agencia

El mismo año en que se ha dictado la sentencia anteriormente citada- 1984- se dictó otra sentencia- clave, en relación con las interpretaciones de las conclusiones jurídicas de las agencias- Chevron v. NRDC, 467 U.S.837(1984). De acuerdo con esta sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU., el criterio de cómo tratar las interpretaciones de las agencias, en caso de omisión o contradicción en la norma respecto a un problema específico, es si la interpretación de la agencia está basada en una construcción permisiva o prohibitiva de la norma. Es decir, si la norma es permisiva, se espera que el tribunal sería deferente.

Y en palabras del Juez Scalia²²⁹, la contradicción (ambigüedad) del texto legal, que ha sido interpretado por la agencia se puede atribuir a dos circunstancias:

²²⁶ Por ejemplo Rochester Telephone Corp. v. U.S., 307 U.S.125, 146(1939), NLRB v. Heaxist Publ., Inc., 322 U.S. 111(1944).

²²⁷ Por ejemplo BOC Int'l Ltd. V. FTC, 557 F. 2d 24, 28(2d Cir.1977); Official Airline Guides, Inc. v. FTC, 630 F. 2d 920,928(2d Cir. 1980), cert. denied, 450 U.S.917(1981).

²²⁸ Ver Breyer&Stewart "Administrative law...", op.cit., p.281.

²²⁹ Scalia, A. "Judicial Deference to Administrative Interpretation of Law", 1989Duke L.J.511,516; sobre el problema de la deferencia judicial en relación con la interpretación normativa de las agencias conviene citar los siguientes libros y artículos: Antony "¿Which Agency Interpretations Should Bind the Court?", 7Yale J. on Reg.1(1990), Byse, G. "Judicial Review of Administrative Interpretation of Statutes: an Análisis of Chevron's Step Two", 2 Adm. L. J.255(1988), Davis, K. C. "Administrative Law Treatise", op.cit., p.1989, Breyer, S. "Judicial Review of Questions of Law and Policy", 38 adm. L. Rev.363(1986),

- 1) El Congreso ha perseguido un resultado concreto, pero sin determinar claramente este resultado,
- 2) El Congreso, sin la intención de intervenir, ha dejado la decisión en manos de la agencia.

De acuerdo con esta postura solamente en el primer caso la cuestión de derecho puede ser resuelta por los tribunales. El segundo caso se relaciona con la discrecionalidad de la agencia y la única cuestión, que entra en el alcance de la revisión judicial es si la agencia ha sobrepasado su discrecionalidad (es decir, si la solución elegida para resolver la respectiva contradicción de la norma es razonable).

En este contexto se argumenta también la tesis de que el intento original del Congreso ha sido que los juzgados sean deferentes a las soluciones normativas de las agencias.

Así, en el caso de la FTC, los juzgados tienen el poder de determinar y analizar las cuestiones de derecho –es decir si las conclusiones de la Federal Trade Commission encajan con las disposiciones de la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act, con otras disposiciones con rango legislativo y con la Constitución de los EE.UU. En la jurisprudencia norteamericana siempre se ha insistido en que los juzgados tienen la responsabilidad de interpretar las disposiciones de la Sección 5 FTC Act– *Official Airline Guides, Inc. v. Federal Trade Commission*, 630 F. 2d 920, 927-28 (2d Cir. 1980) *BOC International Ltd v. Federal Trade Commission*, 557 F. 2d 24,28 (2d Cir. 1977) y en este caso sus poderes son más amplios que respecto al control de los hechos.

3. El control del procedimiento.

Como se ha señalado anteriormente, la Federal Trade Commission está autorizada a dictar órdenes de cesación o desistimiento previa citación y audiencia de las partes –15 USC § 45 (b) (1994), así que tal infracción procedimental es causa de revocación o modificación de las órdenes (por ejemplo ausencia de audiencia del presunto infractor). En la revisión del procedimiento no se da el problema de la deferencia judicial. Al control sobre el procedimiento se deberían añadir los casos de inactividad administrativa y de retraso indebido, en que también es posible acudir a los tribunales²³⁰.

Pierce, R. “Chevron and it’s Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions”, 41 Vand.L. Rev.301(1988).

²³⁰ En general ver Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., pp.658- 659.

2.6.9 Revisión de las medidas de saneamiento, adoptadas en las órdenes de cese y desistimiento de la Federal Trade Commission.

La Sec. 5 (c) de la Federal Trade Commission Act – 15. U.S.C. §45 (c) 1994 y la Sec. 11 (c) de la Clayton Act-15 U.S.C. § 21 (a) autorizan a los juzgados a examinar las medidas de compensación, previstas en las órdenes y de modificar dichas medidas en caso de que cambien las circunstancias - Jacob Siegel Co. v. la Federal Trade Commission, 327 U.S. 608, 611 (1946). Éstos son los casos más frecuentes de modificación de una orden, siempre y cuando exista una relación razonable entre los hechos y las conclusiones de la Comisión y en caso de que sus disposiciones estén justificadas por los propósitos por las que se ha aprobado la Federal Trade Commission Act.

2.6.10. Revisión en los procedimientos subsidiarios e interlocutorios en los juzgados federales²³¹.

En los Estados Unidos de Norteamérica existe también una forma de control ex ante de los actos de la Federal Trade Comisión cuando el demandado en un procedimiento administrativo, de acuerdo con la Sec. 5 del Federal Trade Commission Act o Sec. 11 de la Clayton Act, puede obtener un mandamiento judicial antes de que la Federal Trade Commission dicte la orden de cesación o desistimiento²³².

Existen dos barreras en los procedimientos interlocutorios en el juzgado federal:

En primer lugar el principio de agotamiento de los remedios administrativos hace de la revisión judicial previa una medida adelantada, porque la Federal Trade Commission todavía no ha actuado²³³ – American Gen. Ins. Co. v. Federal Trade Commission 496 F.2d 197 (5th Cir. 1974), Boise Cascade Corp. v Federal Trade Commission 498 F. Supp. 772 (D. Del. 1980); Pero algunos juzgados han afirmado que se puede efectuar la revisión judicial previa del acto administrativo cuando una Agencia está actuando “claramente” contra sus facultades legalmente establecidas – Leedom v.

²³¹ Entre el momento en que se dicta la citación de la demanda y la audiencia del interesado existe un período de trámites preparatorios de la audiencia llamado en el derecho norteamericano “fase interlocutoria”.

²³² Ver Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.1119.

²³³ En este sentido Angland, J. (dir.), “Antitrust Law Developements”, op. cit., p. 630.

Kyne, 358 U.S. 184 (1950), Coca-Cola Co. v. Federal Trade Commission 475 F.2d 299, 303 (5th Cir.), cert. denied 414 U.S. 877(1973)²³⁴.

En segundo lugar la Administrative Procedure Act limita el control judicial de las Agencias, estableciendo que se puede revisar el acto definitivo de una Agencia, cuando ya no existe otro remedio adecuado²³⁵– 5 USC § 704 (1994), R. R. Donnelley § Sons Co. v. Federal Trade Commission, 931 F.2d 430 (7th Cir. 1991), Ukiah Valley Med. Ctr. v. Federal Trade Commission, 911 F.2d 261 (9th Cir. 1990).

El litigante debe demostrar que no existe un mecanismo legal para obtener una revisión judicial adecuada. Es más difícil obtener la revisión previa después de la postura del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la sentencia *Standart Oil – Standart Oil Co. v. U.S.*, 449 U.S.232(1980) en que se ha afirmado que los actos previos de una Agencia son revisables en el juzgado de apelación solamente por medio de revisión de la orden de cesación y desistimiento definitiva. Antes de la citada sentencia los recurrentes presentaban varios argumentos afirmando que la revisión según la Sec. 5(c) de la Federal Trade Commission Act es inadecuada por la pérdida de tiempo, los gastos en un proceso, la espera de la orden de cesación o desistimiento “definitiva” y además en los casos cuando el retraso indebido por parte de la Agencia despojaría de su utilidad el remedio administrativo, previsto en la Ley.

Desde la perspectiva de los juzgados²³⁶ el control previo puede llevar a problemas, relacionados con una decisión prematura, durante la elaboración de la cual no se podrían analizar de una manera exhaustiva todas las circunstancias del caso, pronunciándose sobre cuestiones de poca importancia y gastando tiempo y esfuerzos²³⁷. Desde la perspectiva de la agencia, el control previo no solo puede privar la misma de la posibilidad de revisar o definir el acto, sino, además, privarla de la posibilidad de resolver el asunto de otra manera, basándose en el consensus(acuerdo) de las partes y evitando la intervención de los tribunales.

Considero importante insistir una vez más que el control sobre las órdenes de la FTC, excepto en los casos de que los hechos no han sido suficientemente probados o si no respaldan la decisión adoptada o cuando se constatan infracciones jurídicas y

²³⁴ Asimismo la sentencia *Seven-up Co. v. FTC*, 478 F.2d 755(8th Cir. 1972), cert. denied, 414 U.S.1013(1973); vease en general Fuchs, R. “Prerequisites to Judicial Review of Administrative Agency Action”, 51 Ind. L. J. 817, 859- 911(1976).

²³⁵ “agency action made reviewable by statute and final agency action for which there is no other adequate remedy in the court” – 5 U.S.C. § 704 (1994).

²³⁶ Ver *Roosevelt Campobello Int. Park Comm. v. EPA*, 684 F.2d 1034(1st Cir. 1982); *General Fin. Corp. v. FTC*, 700 F.2d 366(7th Cir.1983).

procedimentales, es muy limitado. Esto se debe a la misión específica de esta autoridad independiente que cuenta con una discrecionalidad considerable en su ejercicio de dictar órdenes - *FTC v. Ruberoid Co.*(S Ct. 1952): la FTC no es un simple órgano ejecutivo, sino tiene atribuidas facultades para definir la política pública de defensa de la competencia, una política que se traduce asimismo en su práctica en el ejercicio de la adjudication. El sistema de los Estados Unidos de equilibrio de poderes no permite a los juzgados interferir en esta esfera de definición de la política de competencia.

2.7. Decisiones negociadas de la FTC.

Es de gran importancia destacar que, a pesar de las amplias potestades ejecutivas de la FTC, su política está orientada a una cooperación voluntaria con las empresas, compatible con el interés público, con el fin de evitar distorsiones del mercado. Con este objetivo en el ordenamiento antitrust norteamericano se han previsto procedimientos de cooperación voluntaria y estos procedimientos se pueden iniciar antes o después de la denuncia(16 CFR 2.31, 2.32 y 2.35).En el caso de las decisiones negociadas el denunciado debe admitir la jurisdicción de la FTC y no tiene derecho a exigir cambios de la decisión²³⁸ o a apelar, sino tiene que aceptar que la denuncia será base de un acuerdo²³⁹, propuesto por la Agencia .Estos procedimientos negociados son más rápidos, más baratos y más efectivos – más efectivos, porque se evitan las confrontaciones y se busca un camino común para la consecución de los objetivos de las leyes antitrust, evitándose algunas de las sanciones y los agentes de mercado contribuyen al cumplimiento de las “reglas de mercado”, establecidas por la legislación antitrust.Además, de este modo, la FTC consigue obtener más información sobre el mercado, los agentes del mercado y el proceso de competencia con el fin de “actualizar” sus métodos y la política de defensa de la competencia. Creo conveniente aprender de la experiencia norteamericana en este aspecto, porque de este modo se incentivan a las empresas a colaborar para el eficaz cumplimiento de las leyes antitrust.

²³⁷ Igualmente en Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.1121.

²³⁸ Ver *Seeburg Corp. v. FTC*, 1966 Trade Cas.(CCH) 71955(E.D. Tenn 1966), aff’d 425 F. 2d 124(&th Cir. 1970), cert. denied, 400 U.S.866(1970).Además, la parte no puede revocar unilateralmente la orden de consentimiento(consent decree), cuando la ha aceptado- *Johnson Prods. V. FTC*, 549, F.2d 35(7th Cir. 1977) y *Ford Motor Co. v. FTC*, 547 F. 2d 954(6th Cir. 1976), cert. denied, 431 U.S.915(1977).

²³⁹ En general sobre este tema ver Shenefield&Stelzer “The Antitrust Laws...”,op.cit., p.28, Gellhorn, E. “Antitrust and Economics in a Nutshell”, op.cit., p.11; Areeda&Kaplrow “Antitrust Análisis...”; op. cit., p.72; Mayer, F. “Settlements Procedures At the FTC”, 37 Antitrust L.J.261(1967- 1968).

3. COMPETENCIAS NORMATIVAS DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION (RULEMAKING).

De igual forma que otras agencias gubernamentales , la FTC tiene atribuida la potestad normativa. Este poder normativo de las agencias en general difiere sustancialmente del poder del Legislativo de crear y aprobar normas, porque el legislador tiene atribuidos estos poderes por la Constitución de los EE.UU. y el poder delegado a las agencias no puede ser más que un poder subordinado²⁴⁰, secundario²⁴¹ y limitado por la delegación: el Legislativo ejerce una función primaria en la elaboración de normas, mientras que la agencia ejerce una función legislativa secundaria.

Según Kerwin²⁴² la facultad normativa es la más importante de las facultades de las agencias gubernamentales en general y esta misma facultad define su misión. Se ha expresado que la demanda de normas, es decir, de regulaciones sectoriales ha crecido en los últimos años en los Estados Unidos de Norteamérica: se trata de creación de unas normas hechas por expertos y que por esta razón deben de ser normas de calidad.

3.1. Definición de Rulemaking.

La Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) define “rulemaking” como “el proceso de formular, modificar o revocar un reglamento” - § 551 (5) Administrative Procedure Act : “an Agency process for formulating, amending or repealing a rule” – 5 USC 551 (4).

3.2. Definición de rule (Reglamento).

La Administrative Procedure Act – 5 U.S.C. 551 (4) ofrece la siguiente definición: Reglamento (rule) es la totalidad o la parte de la disposición de una Agencia de aplicabilidad general o particular y de efecto futuro, destinado a implementar, interpretar o prescribir derecho o política pública y describiendo la organización, procedimiento o requisitos prácticos de una Agencia, e incluye la aprobación o prescripción futura de tarifas, salarios, estructuras financieras o de la empresa o sus

²⁴⁰ Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.10.

²⁴¹ Douglas, W. “We, the Judges: Studies in American and Indian Constitutional Law from Marshall to Mukherjee”, ed. Garden City, New York, 1956, p.164.

²⁴² Kerwin, K. M., “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, ed. CQ Press: A Division of Congressional Quarterly Inc, Washington D.C., 1994, p. XI.

reorganizaciones, precios, instalaciones, accesorios, servicios, subvenciones, valoraciones, costes, contabilidad o prácticas relativas a éstas²⁴³.

En la definición se pueden distinguir cinco elementos:

1) El sujeto que dicta las normas (The source of Rules) - la Federal Trade Commission.

2) El objeto de las normas: desarrollar la Ley o Política pública.

3) El medio de desarrollar la Ley o la Política pública:

a. Poner en práctica (implement) la Ley o política pública, cuando no se añade nada nuevo, en general se trata de las instrucciones que puede dictar una agencia.

b. Interpretar la Ley o Política Pública— cuando la ley es establecida con claridad pero se ha producido un cambio en las circunstancias. Por ejemplo, la Federal Trade Commission crea reglamentos para aplicar actualmente las leyes creadas en la época de los grandes “trusts” :son los Reglamentos de Regulación del Comercio – Trade Regulation Rules.

c. Prescribir – cuando se establecen objetivos por medio de varios pasos a seguir. De este modo la definición del Administrative Procedure Act permite a las Agencias llenar las “brechas” que ha dejado el Congreso, el Presidente o los Juzgados en la elaboración de las Leyes o la Política Pública a seguir²⁴⁴.

4) Aplicabilidad – alcance general o particular: Una Agencia crea normas en caso de que se afecte el comercio o la economía en general así como cuando está afectado un grupo de empresas o particulares.

5) El efecto futuro de los actos normativos, creados por una Agencia igual que las leyes “estructurarán el futuro, por medio de nuevas reglas, condiciones y eliminarán las trabas existentes”²⁴⁵. Esta aceptación del “efecto futuro” es importante para la interpretación de la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo): de este modo se permite insistir en el contraste entre el efecto del “rulemaking” y el efecto de “adjudication”²⁴⁶.

²⁴³ Traducción de Moreno Molina, A.M.

²⁴⁴ Kerwin, K. M. “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, ed. CQ Press, Washington DC, 1994, p. 6.

²⁴⁵ *Ibíd.*

²⁴⁶ Breyer, St. y Stewart, R. “Administrative Law and Regulatory Policy”, op. cit., p. 466.

Se debe poner énfasis en el problema de la elección de una agencia entre rulemaking – creación de normas y adjudication – producción de actos singulares²⁴⁷: en general se considera que la creación de normas tiene más ventajas que la formulación de actos singulares por parte de una agencia. Se sostiene que las decisiones caso por caso (la adjudication) crean inseguridad y los reglamentos son el mejor remedio para establecer la política pública y una de las razones es que facilitan el alcance de sus pronunciamientos a todos los afectados o posibles afectados- *Ford Motor Co. v. FTC*,

La diferencia entre los dos actos presupone la elección de la FTC de entre rulemaking y adjudication y por esto es fundamental para analizar el funcionamiento de una agencia.

Según el art.551(6) de la APA la orden es el pronunciamiento de una agencia, diferente de reglamento. En la doctrina se analizan principalmente dos teorías, que explican la diferencias entre las dos clases de actos:

- el Juez Holmes ha afirmado que el reglamento prescribe modelos de conductas futuros, mientras que la orden determina los derechos y obligaciones de las partes, basándose en hechos pasados o actuales (en la sentencia *Prentis v. Atlantic Coast Line Co.*, 211 U.S. 210(1908)). Asimismo *American Airlines v. CAB*, 359 F.2d 624, 636(D.C.Cir.1966).
- según la doctrina de la aplicabilidad general, establecida por el Juez Burger, los reglamentos normalmente tienen un alcance general, mientras que la orden está dirigida a personas determinadas y situaciones específicas (*American Airlines v. CAB*, 359 F.2d 624, 636(D.C.Cir.1966)).

Actualmente existe cierta confusión en la doctrina, porque la APA incluye cumulativamente los dos elementos para identificar los reglamentos: el efecto futuro y, asimismo, el alcance general o particular. Se ha propuesto un cambio en el texto de la APA para introducir más certeza respecto a la variedad de actos, que se emiten por las agencias (Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.166).

Sobre el tema de la divergencia entre el rulemaking y adjudication conviene consultar Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., pp. 164- 165; Lawson, G. “Federal Administrative Law”, op.cit., pp.10- 24; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.132- 133; “Attorney General’s Manual on APA”, ed. Department of Justice, Washington, 1947, pp.14- 15, cit. por Comella Dorda, R. “Límites del poder reglamentario en el Derecho Administrativo de los EE.UU.”, ed. Cedex, Barcelona, 1997 y el comentario en la p.30 de la misma autora.

²⁴⁷ En general sobre el tema ver Gellhorn, W. , Byse, K. y Strauss, P. “Administrative Law: cases and Comments”, 7th ed., ed.Foundation Press, Mineola, New York, 1979, pp.210- 234; Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., pp. 538- 547; Davis, K.C. “Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry”, ed.Univ. of Illinois Press, 1969, pp.52- 96; Friendly, H. “The Federal Administrative Agencies: the Need for Better Definition of Standarts”, ed.Harvard Univ. Press, 1962; Shapiro, S. “The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy”, 78 Harv. L. Rev. 921(1965) y especialmente en relación con la FTC se puede ver Burrus, B. y Teter, H. “Antitrust: Rulemaking v. Adjudication in the FTC”, 54 Geo. L. J. 1106(1966); Note “Judicial Review of Informal Administrative Rulemaking”, 33 Duke L. J.347(1984).

673 F. 2d 1008(9th Cir.1981), cert. denied, 459U.S.999(1982)²⁴⁸. Además, por medio del rulemaking las agencias pueden hacer una elección determinada entre políticas alternativas, incrementando la eficacia de la agencia²⁴⁹. Por esta razón muchas veces los juzgados intentan hacer que las Agencias utilicen la creación de normas como un remedio más eficaz²⁵⁰ para la consecución de sus objetivos. A pesar de esto se da la postura de que por la diversidad y complejidad del problema de la elección entre rulemaking y adjudication, hay que estudiarlo independientemente y para cada caso concreto: la agencia puede elegir entre las dos potestades.²⁵¹

Se puede resumir que la política de la FTC debe ser anunciada a través de elaboración de normas de alcance general, anunciando las prohibiciones de conductas, porque lo contrario llevaría a inseguridad jurídica: en vez de expresar con claridad su visión sobre las conductas, la FTC crearía controversias en su propia doctrina.

3.3. Génesis de las competencias normativas de la Federal Trade Commission.

Antes de la codificación de las potestades normativas de la Federal Trade Commission (por la Magnuson-Moss Act en 1975) la Comisión ha establecido “rules” con diferentes efectos jurídicos: los más importantes han sido los “trade practice rules” y los “industry guides”²⁵². Los primeros no tenían carácter obligatorio, sino servían como directrices y se han creado en estrecha cooperación con los grupos industriales afectados. Las violaciones de dichas directrices no se consideraban infracciones de la Ley y no tenían influencia considerable sobre los procedimientos de adjudicación de la Federal Trade Commission.

Los segundos (igual de los “trade practice rules”) estaban orientados a varias ramas de la industria (por ejemplo, la producción de calzado, de tabacos) y otros, eran más generalizados. Los “industry guides” tenían pocos efectos jurídicos²⁵³.

²⁴⁸ Véase el comentario de Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p. 141 de las sentencias *Montgomery Ward v. FTC*, 691 F. 2d 1322(9th Cir. 1982) y *National Petroleum Refiners Assn. v. FTC*, 482 F. 2d 672(D.C.Cir 1973).

²⁴⁹ Robinson, K. “The Making of Administrative Policy: Another Look of Rulemaking and Adjudication and Administrative Procedure Reform”, 118 U.Pa.L.Rev. 485(1970).

²⁵⁰ Davis, K. C. y Pierce, R. “Administrative Law Treatise”, op. cit., p. 267.

²⁵¹ Los asuntos *Chenery I*, 318 U.S.80(1943) en relación con *Chenery II*, 332 U.S.194(1947) y *Chenery III*, cert. denied, 340 U.S. 831(1950).

²⁵² Ver Note “Federal Trade Commission Substantive Rulemaking: an Evaluation of Past Practice and Proposed Legislation”, 48 N.Y.U.L.Rev. 135(1973); Angland J. (dir.), “Antitrust Law Developements”, op.cit., p. 631-632.

²⁵³ En la actualidad existen las guidelines que son directrices orientadas a varias ramas del comercio y la industria – Kerwin, K. M. “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, op. cit., p. 259. En la teoría norteamericana se ha discutido su eficacia y el peligro de utilizar dichas medidas, para

¿Cómo se han establecido las competencias normativas de la FTC?

Hasta los años –60 el único poder de la FTC en el área legislativa ha sido recomendar al Congreso las enmiendas necesarias del FTC Act. En el año 1960, después de varias decisiones antitrust y el establecimiento de una amplia práctica, la FTC ha decidido promover su política para anunciar unas reglas más generalizadas, aplicables para las conductas de las empresas, porque esto llevaría a una actividad más efectiva en el área de adjudication. En 1962 la Federal Trade Commission ha empezado a promulgar los Trade Regulation Rules²⁵⁴, basándose en la Sec.6(g) FTC Act, codificada en 15 U.S.C.46(g): se trataba de prácticas concretas de negocio. Esta facultad de la FTC ha sido discutida²⁵⁵, pero confirmada, en la sentencia *National Petroleum Refiners Assoc.v. FTC*, 482 F.2d 672(D.C. Cir.1973), cert. denied, 415 U.S.951(1974), rev'g, 340F. Supp.1343(D.D.C. 1972)²⁵⁶. Los efectos jurídicos de infringir los Trade Regulation Rules son la ordenación de cesación o desistimiento por medio de cease o desist order (15 USC 45(m)(1)(A)).

Dichas competencias normativas están previstas en la Sec. 6 (g) del Federal Trade Commission Act (15 USC § 46g (1994)). Los procedimientos de creación de estas normas han sido codificados en la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo (5 USC 553 (1994)): se trata de un procedimiento que requiere resumen de las disposiciones sustantivas del Trade Regulation Rule, participación (por escrito) de las partes y publicación del Trade Regulation Rule.- 15 U.S.C.57a(b)(1994). Es de gran interés observar que la Comisión misma ha impuesto un límite en su facultad de rulemaking: las pruebas sustanciales (“substantial evidence”) tienen que ser la base del reglamento propuesto²⁵⁷. Otros límites de la facultad de

que no sea necesario el seguimiento de un procedimiento formal: a veces este instrumento se puede utilizar para evitar el rigor y los controles de los reglamentos.

²⁵⁴ Ver Note “Substantive Rulemaking and the Federal Trade Commission”, 42Ford.L.Rev.734(1978); Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.67.

²⁵⁵ Ver Auerbach, C. “The Federal Trade Commission Internal Organization and Procedure”, 48 Minn.L.Rev.383(1964); las críticas estaban basadas en tres argumentos diferentes (ver : Note “Federal Trade Commission Substantive Rulemaking: an Evaluation of Past Practice and Proposed Legislation”, 48 N.Y.U.L.Rev. 135(1973)):

- se ponía en duda la atribución de facultades a la FTC para dictar normas,
- se consideraba que no se podría determinar con anterioridad qué práctica será deceptiva, engañosa o anticompetitiva, por el cambio rápido de circunstancias,
- se consideraba que una agencia federal como la FTC no podría establecer estas prácticas para el territorio de todo el país y que se suprimían las competencias de las autoridades estatales.

²⁵⁶ Areeda&Kaplou “Antitrust Analysis...”, op.cit., p.82; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.67- 69.

²⁵⁷ Ver Statement of Basis and Purpose Used Car Rule, 49 Fed.Reg. 45, 692,45,703, FTC, 1984; asimismo en *Katherine Gibbs School v.FTC*, 612 F.2d 658(2d Cir.1979) se ha sostenido que las conclusiones sobre la práctica tienen que ser justificadas por las pruebas sustanciales y debe existir relación razonable entre la práctica concreta y las exigencias del reglamento.

rulemaking se establecen por la Ley- 15U.S.C 57a(d), que prevé la obligación de la FTC de elaborar para cada caso concreto de adopción de nuevo reglamento, un informe específico²⁵⁸, y por la Office of Management and Budget (que se van a estudiar más adelante en el trabajo).

Los poderes normativos de la Federal Trade Commission han sido desarrollados con más precisión en el año 1975 con la Magnuson-Moss Act que modifica la Sec. 18 de la Federal Trade Commission Act (codificada en 15 USC 57A (1994)). Se trata de “interpretative rules and general statements of policy” (reglas interpretativas o directrices políticas generales) prescritas, que “definen con precisión los actos o prácticas que son actos de competencia desleal” (define with specificity acts or practice which are unfair or deceptive) – 15 USC 57a (a) (1) (A), (B) (1994). Además estas reglas pueden incluir “exigencias prescritas con el objetivo de prevenir ciertos actos y prácticas” (“may include requirements prescribed for the purpose of preventing such acts or practices” – 15 USC 57 (a) (A) (B)). Esta facultad de la Federal Trade Commission no permite sobrepasar la “soberanía de los actos de los estados”²⁵⁹.

A esto se debe añadir la facultad de la Comisión de aprobar reglamentos en virtud de la Sección 16 de la Federal Trade Comisión Act – 15 USC 46 (g) para llevar a cabo las disposiciones de la misma cuyo título es “Poderes adicionales de la Comisión”. Las disposiciones de dicha sección se refieren sobre todo a los poderes de investigación de la Federal Trade Comisión y a la publicidad de información de interés público. – 15 USC 46 (a) – (f).

Se puede resumir que la FTC tiene atribuidos poderes normativos que se han ampliado sucesivamente y que refuerzan la facultad de adjudication. La aprobación de normas es importante, además, porque tiene el efecto de informar a los competidores sobre las conclusiones y los objetivos de la política de la FTC²⁶⁰ en general o en varias ramas de la industria(o el comercio) como la venta de vehículos, el etiquetado, la publicidad, los créditos.... Además, la aprobación de normas aporta un uso eficaz de

²⁵⁸ Este informe, llamado “Statement of Basis and Purpose Accompanying Rule”, debe determinar: la importancia y alcance de la práctica, en qué consiste el daño a los consumidores, el efecto económico del reglamento propuesto, considerando el efecto sobre el pequeño negocio y sobre los consumidores (15 U.S.C. 57a(d)).

²⁵⁹ California State Bd of Optometry v. Federal Trade Commission, 910 F.2d 976 (D.C. Cir. 1990): “The Commission’s rulemaking authority does not permit it to reach the sovereign acts of states – cit por Angland, J. (dir.) “Antitrust law Developments”, op. cit., p. 633.

²⁶⁰ Ver Areeda & Kallow “Antitrust Analysis...”, op.cit., p.82.

recursos públicos, certeza y transparencia jurídica y asegura el trato igual de todos los administrados²⁶¹.

3.4. El control sobre los reglamentos.

3.4.1. El control del Congreso.

Se debe insistir en que el Congreso autoriza a una Agencia a dictar “rules” porque se trata de áreas y problemas específicos que es imposible “solucionar” en todos los casos por medio de leyes, que no siempre pueden imponer un marco concreto. Pero a pesar de esto, el Congreso reserva para sí el control sobre dichas regulaciones, puesto que ha conferido a los expertos de la agencia todas las tareas importantes de la política pública en el sector. Este control tiene las siguientes dimensiones:²⁶²

En primer lugar, hay que enfatizar que se ha establecido el veto legislativo²⁶³ que es un instrumento básico para el control del Congreso²⁶⁴ (aunque hasta el momento no se han dado casos de veto sobre reglamentos de la FTC, lo que demuestra la eficacia de los demás métodos de control legislativo). Conviene recordar, que las agencias promueven políticas públicas básicas y una gran parte de sus reglamentos se aprueban a través de un procedimiento simplificado, llamado “informal rulemaking” y esto lleva a la necesidad de un control rígido por el Congreso. Se ha de apuntar, que el año 1980, con las enmiendas de la FTC Act, se ha introducido el veto bicameral (de las dos cámaras)²⁶⁵ que presupone un aumento del control legislativo sobre la FTC.

En segundo lugar, se deberían recordar las posibilidades del Congreso de adoptar leyes²⁶⁶ (statutes) que pueden tener los mismos objetivos de los reglamentos pero con superior rango normativo. De este modo se pueden prevenir amenazas de sobrepasar ciertos límites y de intentar evitar la consecución de los objetivos tasados por

²⁶¹ Comella Dorda, R. “Límites del poder reglamentario...”, op.cit., p.31, citando a Davis&Pierce “Administrative Law Treatise”.

²⁶² Algunos de estos aspectos están analizados detalladamente por Kerwin, K.M. “Rulemaking:.....”, op.cit. p.32.

²⁶³ En relación con esta forma de control, la sentencia más citada en la doctrina, confirmando dicha forma de control es INS v. Chadha, 462 U.S.919(1983).

²⁶⁴ Sobre el veto legislativo ver Bruff&Gellhorn “Congressional Control of Administrative Regulation: a Study of Legislative Vetos”, 90 Harv.L.Rev.1369(1977); Korn, J. “The Power of Separation: American Constitutionalism and the Myth of Legislative Veto”, cit. en “A Guide to Federal Agency Rulemaking”, disponible en [http:// www.abanet.org/adminlaw/conference/2003](http://www.abanet.org/adminlaw/conference/2003).

²⁶⁵ Kinter, E., Smith, C. y Goldston, D. “The Effect of Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 on the Federal Trade Commission’s Rulemaking and Enforcement Authority”, 58 Wash. U.L.Q.847(1980).

los statutes. Ejemplos de leyes, por medio de que el Congreso controla el proceso de rulemaking son Paperwork Reduction Act, Regulatory Flexibility Act, etc... Entre las mismas es importante citar la Congressional Review Act del año 1996 (5 U.S.C. (801-808)), que introduce un mecanismo, mediante el que el Congreso revisa todos los reglamentos que se van a aprobar por las agencias. Las agencias se obligan a presentar el acto normativo en cualquier cámara del Congreso y ante el Controller General, junto con un informe de evaluación, que describe el acto y fijando la fecha de su entrada en vigor. Con esta ley se ha perseguido el objetivo de una revisión efectiva, responsable y rápida de las actividades de las agencias, aunque se han presentado varias críticas²⁶⁷.

“Limitar” la discrecionalidad: La mejor manera para el control por parte del Congreso es limitar la discrecionalidad de las Agencias en la elaboración de reglamentos, porque el Congreso es el que define el alcance de las funciones de la FTC. Se tienen que recordar los argumentos y afirmaciones de K.C. Davis en este sentido: “nuestros... sistemas están saturados de discrecionalidad excesiva que debe de ser limitada, estructurada y equilibrada”²⁶⁸, según el mismo autor los cuerpos legislativos tienen que hacer más en cuanto al control sobre la discrecionalidad administrativa.

La importancia del procedimiento: Siempre se ha puesto énfasis en la importancia del procedimiento para dictar reglamentos; Como se trata de objetivos relacionados siempre con los intereses particulares y políticos, es evidente que las garantías de un procedimiento estricto son importantes y necesarias²⁶⁹. Se imponen exigencias de participación pública, de análisis para la elaboración de los reglamentos y establecimiento de criterios específicos con el propósito de imponer ciertos estándares.

Deadlines (plazos) y hammers: Otro método para limitar la discrecionalidad en la elaboración de normas es el establecimiento de plazos para esta actividad y

²⁶⁶ Ver “A Guide to Federal Agency Rulemaking”, disponible en <http://www.abanet.org/adminlaw/conference/2003>.

²⁶⁷ Ver Rosenberg, M. “Whatever Happened to Congressional Review of Agency Rulemaking: a Brief Overview, Assessment and Proposal for Reform”, 51 Adm. L. Rev. 1051 (1999).

²⁶⁸ Davis, K. C. y Pierce, R. op. cit., vol. III, p. 97 y ss. “our... systems are saturated with excessive discretionary power which needs to be confined, structured and checked”, Davis, Kenneth Culp, “Discretionary Justice”, University of Illinois Press, 1969, p. 27;

²⁶⁹ Para el caso de la FTC se puede consultar “A Guide to Federal Agency Rulemaking”, disponible en <http://www.abanet.org/adminlaw/conference/2003>.

“hammers”²⁷⁰ que son cláusulas especiales en las leyes que entran en vigor y tienen efecto inmediato desde una fecha determinada en caso de que una Agencia no dicte una regulación.

La financiación: Se trata de financiación de los proyectos de una determinada política pública en caso de que se impone una regulación. De este modo la financiación es un estímulo para elaborar reglamentos bajo el marco, impuesto por el Congreso²⁷¹.

Los métodos tradicionales de control del Congreso: desde las preguntas e interpelaciones hasta la investigación completa (ful-blown investigation), acompañada por vistas e informes del General Accounting Office. La investigación se realiza generalmente por los committees del Congreso. Desde la aprobación del FTC Improvement's Act del año 1980 este control se hace más intenso, porque dicha ley prevé una revisión semanal sobre las actividades de la FTC por el Senate Commerce Committee²⁷².

Los contactos informales entre la agencia y los representantes del Congreso son también un método de control eficaz, porque contribuyen a una aceptación más definida de los objetivos que se tienen que perseguir por la agencia a través del rulemaking²⁷³. Este medio de control se relaciona directamente con el “lobbying” y con las críticas de las interferencias en las facultades de las agencias²⁷⁴.

Se puede poner énfasis asimismo en un problema que es interesante para otro análisis más profundo: se trata de la relación principal-agente (principal-agent relation) en el proceso de elaboración y control de los reglamentos. Kerwin expone dos teorías de la relación Congreso-cuerpos administrativos: la “posesión” de información detallada en cuanto la regulación del sector hace de los cuerpos administrativos “el principal” en dicha relación; la segunda teoría insiste en la posición de “agentes” que siempre ocupan

²⁷⁰ Shapiro, S. “Congress: New Direction in Administrative Law” 13 Adm.L.News, Spring, 1988.

²⁷¹ Sargentich, T. “In Defense of Congressional Review of Rules”, <http://www.abanet.org/adminlaw/conference/2003> considera, que la financiación es una de las formas más importantes de control del Congreso; Kerwin, K. M. “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, op. cit., p. 222.

²⁷² Kinter, E., Smith, C. y Goldston, D. “The Effect of Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 on the Federal Trade Commission's Rulemaking and Enforcement Authority”, 58 Wash. U.L.Q.847(1980).

²⁷³ Ver Sierra Club v. Costle, 657 F.2d 298(D.C.Cir. 1981).

los administradores, a pesar de que a ellos está conferida una importante tarea política y normativa²⁷⁵. Desde estos dos puntos de vista sería importante observar la tarea de control del Congreso sobre la potestad normativa, de la Federal Trade Commission en nuestro caso.

En resumen se puede enfatizar sobre la observación que el control legislativo sobre los reglamentos de la FTC es amplio y multidimensional. La intensidad de este control aumenta cada vez más y a veces existe desacuerdo entre el Congreso y el Presidente sobre su alcance²⁷⁶. Este control es uno de los instrumentos más importantes para el funcionamiento eficaz de la agencia, pero alguna vez se ha señalado²⁷⁷ que es, al mismo tiempo, un remedio decisivo para la obstrucción de varios objetivos por los oponentes de la agencia.

3.4.2. Control Presidencial.

Existe también un control presidencial que incluye, en síntesis, revisión de una propuesta de regulación, revisión del reglamento aprobado y la revisión del efecto del reglamento²⁷⁸.

El año 1978²⁷⁹, con la Executive Order 12044 el Presidente Carter introdujo varias formas de control sobre los reglamentos y una de las razones era la falta de coordinación entre las agencias en sus funciones normativas²⁸⁰. Se creó el Grupo de Control Analítico de las Regulaciones- Regulatory Analysis Review Group (RARG), presidido por el Consejo de Asesores Económicos (Council of Economic Advisers) y con representación de las mismas agencias. El objetivo del citado Consejo fue aprobar la calidad de los análisis en los que estaban basadas las regulaciones, identificar e intentar dar respuestas a varios problemas, analizando los costes de las propuestas de regulación.

Con la misma Executive Order 12044 se creó también la Office of Management and Budget (OMB) con el propósito de revisar los reglamentos y de controlar si sus objetivos encajan con los objetivos fijados en la Executive Order 12044. A pesar de que

²⁷⁴ Ver Sargentich, T., nota 273.

²⁷⁵ Ver Kerwin, K., p. 220, nota 273.

²⁷⁶ Prohl, P. "Congressional Control of Agency Rulemaking", 14 L.J.&Pol.1(1998), señalando, que tal desacuerdo se ha manifestado en tiempos de Clinton.

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ En general ver Davis, K.C. "Presidential Control of Rulemaking", 56 Tul.L.Rev.849(1981-1982).

²⁷⁹ La idea del control presidencial sobre el rulemaking ha surgido mucho antes, en el año 1952, cuando se ha propuesto que el Presidente tenga la facultad de dirigir directivas a las agencias. En este sentido ver Bruff, H. "Presidential Power and Administrative Rulemaking", 88 Yale L.J.45, 1979.

la Office of Management and Budget no tenía atribuida la competencia de reemplazar o modificar los reglamentos, estaba obligada de informar al Presidente sobre las actividades de regulación de las Agencias²⁸¹ y si se seguían los objetivos, establecidos en la Executive Order 12044. Poco a poco la OMB se ha convertido en una institución central del Ejecutivo.

Son cinco los principios de revisión de los reglamentos, establecidos en la época de Carter:

- 1) Control de la política de las agencias.
- 2) Participación pública en su elaboración.
- 3) Análisis de las regulaciones.
- 4) Eliminación de reglamentos o disposiciones normativas no necesarios en relación con las circunstancias y cambios de condiciones, revisión de la eficacia y efectividad de los reglamentos existentes: un método de control, llamado “sunset review”.
- 5) El así llamado “plan English”: hacer los reglamentos más accesibles para los que más los necesitan²⁸².

En los tiempos de Reagan fue adoptada la Executive Order 12291(1981)²⁸³, que establece un plazo de 60 días de moratorium sobre los nuevos reglamentos. Se introdujo también la obligación de análisis de los costes y beneficios de los nuevos reglamentos; la exigencia de que todas las regulaciones deben de responder al “net-benefit criteria”²⁸⁴ y revisión de todos los actos normativos finales y, asimismo, las propuestas de actos normativos - por parte de la Office of Management and Budget(y, simultáneamente por la Office of Information and Regulatory Affairs)²⁸⁵. De este modo Reagan impuso unas medidas de control sobre el proceso normativo de las Agencias²⁸⁶ que eran mucho más

²⁸⁰ Ver Fox, W. “Understanding...”, op.cit., pp.163- 170.

²⁸¹ En la época de Carter el control de la OMB se extendía exclusivamente sobre las Agencias Ejecutivas, aunque más tarde algunas agencias independientes se han empezado a someter voluntariamente al control de la OMB, cumpliendo todos los requisitos de dicho control. En la época de Clinton se ha adoptado otro acto- clave en relación con el control de la OMB- la Executive Order 12866, en cuyo alcance entran todas las agencias independientes.

²⁸² Kerwin, K. M. “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, op. cit., p. 123.

²⁸³ Véase comentario en Breyer&Stewart “Administrative law...”, p.136; Kohn “A Flight Over Independence”, National J., Dec.31, 1997.

²⁸⁴ Se trata del criterio de “beneficio neto”, es decir, un beneficio para la sociedad que sería mayor que cualquier beneficio establecido por una regulación alternativa.

²⁸⁵ Ver asimismo la Executive Order 12 489 del año 1985.

²⁸⁶ Para un análisis más explícito: Rosenberg, M. “Beyond the Limits of Executive Power: Presidential Control of Agency Rulemaking Under Executive Order 12 291”, Mich. L.Rev.193(1981- 1982).

estrictas que las de los tiempos de Carter. El Presidente Reagan creó también el Vice President's Task Force on Regulatory Relief al que pasaron las funciones del Regulatory Council, creado por Carter. De este modo dicho órgano ocupó un lugar secundario en el control sobre las regulaciones²⁸⁷.

El control total, introducido en tiempos de Reagan sobre el proceso de rulemaking, ha recibido varias críticas, algunas de las cuales han sido: la reducción de la discrecionalidad de las agencias, el retraso en la realización de sus actividades, su utilización para propósitos “no gubernamentales”, eliminación de las conclusiones y valoraciones, hechos por expertos²⁸⁸. Desde otra perspectiva, los partidarios de la doctrina del Ejecutivo unitario (“unitary executive” thesis) respaldan todas estas intervenciones del Presidente²⁸⁹.

Durante el mandato de Bush el Vice President's Task Force on Regulatory Relief fue nombrado Council of Competitiveness (1991) con funciones relacionadas sobre todo con la revisión de los reglamentos y actuando como un órgano revisor super-Office of Management and Budget. Se trata de un órgano, compuesto por representantes de las grandes empresas, que han hecho varios intentos de modificar reglamentos de las agencias con el propósito de proteger la competencia fuera de las fronteras de los EE.UU.²⁹⁰.

Durante el mandato de Clinton la revisión por parte de la Office of Management and Budget sobre los reglamentos se ha limitado a los actos normativos importantes – significant rules. Las normas significativas se definen como normas que tienen efecto directo sobre la economía, el presupuesto, que son contradictorias con otras normas del mismo rango normativo o que abarcan nuevos problemas legales o políticos (Executive Order 12866). Este control se ha establecido expresamente para todas las agencias. Por estos dos motivos que afectan el alcance de los actos normativos, se puede concluir que el control presidencial de la actividad normativa de las agencias (teniendo en cuenta la

²⁸⁷ Kerwin, K. M. “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, op. cit., p. 125;

²⁸⁸ Rosenberg, M. “Whatever Happened to Congressional Review of Agency Rulemaking: a Brief Overview, Assessment and Proposal for Reform”, 51 Adm. L. Rev. 1051(1999).

²⁸⁹ Farina, S. “Undoing the New Deal through New Presidentialism”, 22 Harv.J.L.&Publ.Po.227(1998); Rosenberg, M. “Congress's Prerogative over Agencies and Agency Decisionmaker: the Rise and Demise of the Reagan Administration's Theory of the Unitary Executive”, 57 Geo.Wash.L.Rev.627(1988- 1989).

²⁹⁰ Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.165; Bruff, H. “Presidential Management of Agency Rulemaking”, 57 Geo.Wash.L.Rev.533(1989).

importancia de los reglamentos sustantivos, adoptados por el FTC) se ha incrementado considerablemente.

La revisión de los actos normativos finales de la agencia, en palabras de algunos críticos, contribuye a una acumulación excesiva de poderes en la OMB, convirtiéndola en Super- agencia y estos poderes no le han sido otorgados por el Congreso en el momento de su creación. De este modo se establece un control intenso sobre las políticas públicas, promovidas por las agencias, pero además, se trasladan intentos de capturas de las agencias a funcionarios de la OMB. En la opinión de varios autores esto podría llevar a un entorpecimiento del proceso independiente de creación de normas por las agencias²⁹¹.

En relación con estas críticas en la teoría norteamericana existe una discusión sobre la justificación del control presidencial sobre los reglamentos. En oposición de estas críticas se considera que el Presidente es elegido por todos los ciudadanos y, en tal caso, puede ejercer una “macromanagement” de las políticas públicas. El Presidente puede lograr la coordinación en la elaboración de los reglamentos, a pesar de que existen limitaciones sobre la calidad y cantidad de información disponible, sobre todo cuando se trata del efecto futuro de las regulaciones. En la doctrina se ha sostenido la tesis, que el Presidente está mejor situado²⁹² para establecer las prioridades de las agencias y cuando se presente un caso de vaguedad o indecisión, es conveniente la expansión de sus funciones y su presencia política está legitimada. Así, el Presidente, como responsable de la organización y supervisión de las agencias, a través del control sobre el rulemaking, establece el balance entre los objetivos de las agencias en general y entre los objetivos de cada una de ellas, lo que es importante en relación con la política de competencia; distribuye los recursos de las agencias y resuelve conflictos de competencias.

3.4.3. El control judicial sobre los reglamentos.

El control judicial sobre los reglamentos en general es la forma más estricta de demostrar la legalidad o ilegalidad de los actos normativos dictados por una Agencia. Mientras que el control del Congreso y del Presidente es un control político, un control

²⁹¹ En este sentido ver Bruff “Presidential Power and Administrative Rulemaking”, 88 Yale L.J. 451 (1979); Olson, G. “The Quiet Shift of Power: OMB Supervision of EPA Rulemaking under Order 12 291”, 4 Va. J. Nat. Resources L. 1 (1984).

²⁹² Rosenberg, M. “Whatever Happened to Congressional Review of Agency Rulemaking: a Brief Overview, Assessment and Proposal for Reform”, 51 Adm. L. Rev. 1051 (1999).

de los objetivos perseguidos y logrados por un acto normativo, el control judicial sobre los reglamentos es más complejo. Se trata de una revisión de si el acto normativo encaja con los principios, las disposiciones constitucionales y con lo establecido en las leyes, aunque no se debe olvidar que los jueces también tienen su filosofía política y sus ideas sobre la economía, la eficiencia y el bienestar.

Será de gran interés esbozar las dos visiones contrapuestas sobre el control judicial de los reglamentos²⁹³.

En primer lugar, en la era del “public interest”, como afirma Comella Dorda, un activismo judicial empleó la interpretación legal para la protección de amplios grupos sociales. De este modo las omisiones o ambigüedades de las normas fueron interpretadas como permisivas de un control intensivo por parte de los tribunales sobre la actuación de las agencias.

En la era de la “public choice” la preocupación se ha desplazado hacia un modelo de representaciones de intereses. Easterbrook²⁹⁴ ha estudiado la evolución ideológica del Tribunal Supremo de los EE.UU., que supone un cambio de la ideología de “public interest” a la ideología de “public choice”. En la primera ideología un lugar central ocupa la preocupación por la reparación de determinadas situaciones perjudiciales para la sociedad (que se acepta como objetivo de la ley) y la identificación de las actividades, que conduzcan a estos objetivos (en nuestro caso, las prácticas anticompetitivas). A partir de esto, el texto de la ley será interpretado de modo finalista, quedando bajo su cobertura toda la gama de actuaciones, que conduzcan a dichos resultados. No se llevará a cabo una interpretación literal de la norma y las vaguedades u omisiones serán cubiertas por el texto legal, siempre que contribuyan a la consecución del objetivo, establecido en la ley.

A contrapeso de esta doctrina, el enfoque de “public choice” interpreta la ley como el contrato, resultante de un proceso negociador entre grupos de intereses y, en consecuencia, lo que no este incluido en el contrato- ley de forma expresa no existe, puesto que las partes no han llegado a acuerdo alguno sobre dicho punto. Lo que es esencial para este enfoque es si lo que se pretende es el conjunto de intereses que han promovido la aprobación de la ley (la Sherman, Clayton o la FTC Act) o determinar qué intereses deben ser favorecidos con su aplicación. A partir de aquí debe decidirse cómo

²⁹³ Que están analizadas detalladamente por Comella Dorda, R. “Límites del poder reglamentario...”, op.cit., p.43.

²⁹⁴ Easterbrook, F. “The Supreme Court 1983: Foreword : the Court and The Economic System”, 98 Harv.L.Rev.4(1984), cit. por Comella Dorda, R. “Límites del poder reglamentario...”, op.cit.

interpretar los hechos y normas, dado que la interpretación presupone una redistribución de poder.

3.4.3.1. Jurisdicción:

La revisión de los Trade Regulation Rules se efectúa por los juzgados de apelación²⁹⁵ del distrito donde reside el recurrente o donde tiene su negocio, en plazo de 60 días después de la promulgación²⁹⁶. – 15 USC § 57 a (e) (1) (A) (1994).

3.4.3.2. Legitimación:

Tiene legitimación la persona interesada (“any interested person”) – Subsection 18 (e) Federal Trade Commission Act – 15 USC § 57 a (e) (1) (A)²⁹⁷. Esta definición incluye los consumidores y usuarios.

3.4.3.3. Poderes del juzgado y alcance del control judicial sobre los actos normativos de la Federal Trade Commission :

La exigencia de “finality” en caso de los rules está ligada a la publicación del Reglamento en el Registro Federal, cuando están agotados todos los remedios administrativos para su anulación o modificación- 15 USC 57(a)²⁹⁸.

El acto normativo puede ser revocado cuando no se soporta por las pruebas sustanciales (incluida la información relevante para su aprobación) ; cuando no se ha permitido al recurrente hacer contrainterrogaciones (cross-examinations) o refutaciones en el procedimiento de elaboración del reglamento, o en caso de que el reglamento o el procedimiento para su aprobación limita las contrainterrogaciones (cross-examinations) o refutaciones.- 15 USC 57a(e)(3)(A) y 15 USC 57a(e)(3)(B) en relación con 15 USC 57a(c) .

²⁹⁵ El sistema federal de juzgados incluye 3 niveles: los juzgados de distrito, los juzgados de apelación y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Cada uno de estos niveles tiene su lugar en la resolución de conflictos, pero los actos normativos de las Agencias son objeto de control por los juzgados de apelación como primera instancia o por el Tribunal Supremo. En la facultad de creación de normas es muy importante destacar que las decisiones de los juzgados de apelación establecen precedentes para sus regiones correspondientes y las decisiones del Tribunal Supremo establecen precedentes para todo el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica.

²⁹⁶ Mono –Therm Indus.v. FTC, 653 F.2d1373(10th Cir.1981).

²⁹⁷ Ver Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., p.636.

²⁹⁸ Por ejemplo Texaco, Inc. v FTC, 393 U.S.223(1968).

En estos supuestos el juzgado puede revocar el reglamento solamente en caso de que por las tres causas citadas no se permita la investigación de los hechos que será necesaria para la determinación justa del proceso de creación de normas por la Federal Trade Commission.

Además, en la Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo) existen otras 4 causas para revocar el acto normativo – 5 USC § 706 (2) (A) – (D) (1994):

- a) Cuando es arbitrario, “caprichoso”, cuando existe “abuso de discrecionalidad” o cuando es ilegal.
- b) Cuando es contrario a un derecho constitucional.
- c) Cuando existe exceso de competencia – es decir está dictado fuera de las competencias de la Federal Trade Commission.
- d) Cuando no está dictado de acuerdo con el procedimiento establecido²⁹⁹.

Igual que en el caso de los actos singulares (la Sec. 706 Administrative Procedure Act) se prevé que la agencia sea obligada a dictar reglamento por inactividad o por retraso irrazonable. En las leyes, en la mayoría de los supuestos se establecen plazos y en este caso para el juez es más fácil intervenir; pero si la legislación no establece unas exigencias claras respecto a los plazos de aprobación de un reglamento por la Comisión, el juez tiene que decidir si existe o no un retraso.

Se da también otra forma de control por parte de los juzgados federales: se puede revisar la elección de la Federal Trade Commission entre adjudication y rulemaking, así que la discrecionalidad de la Comisión en este sentido tiene 4 límites:

- proceso debido (due process).
- abuso de discrecionalidad: Ford Motor Co. v. Federal Trade Commission, 673 F.2d 1008, 1010 (9th Cir. 1981). En este caso la elección del acto singular por parte de la Federal Trade Commission es vista por el juzgado como abuso de discrecionalidad.
- incongruencia con la Ley.

²⁹⁹ Este supuesto es uno de los más frecuentes: ver America Nat'l Standards Inst. v. FTC, 1982- 1 Trade Cas(CCH) 64,517(D.D.C.1982), en que el tribunal deniega la revisión de un reglamento antes de su promulgación.

- Infracción de los requisitos procedimentales del Administrative Procedure Act (Ley de Procedimiento Administrativo).

Se puede concluir que, como el Parlamento ha conferido a la FTC importantes poderes normativos, se ha establecido un equilibrio eficaz entre el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial para controlar su tarea legislativa. La base del control judicial sobre los reglamentos, aprobados por las agencias es el principio de separación de poderes: como ya se ha señalado, las agencias ejercen simultáneamente funciones, propias para los tres poderes públicos. De este modo el control judicial, sobre todo, el control sobre las funciones normativas significa un control de esta concentración de funciones en las agencias independientes y este control es necesario para prevenir la arbitrariedad. En la doctrina se ha afirmado³⁰⁰, que únicamente el control judicial sobre la actividad normativa de las agencias (incluida la FTC) puede ser un control eficaz, porque las agencias se consideran parte del Ejecutivo, que por esta razón no puede efectuar una revisión neutral y han sido creadas por el Parlamento, que por esta razón tampoco puede ser un revisor neutral (además, ejerciendo la facultad normativa, las agencias ejercen el poder legislativo, delegado por el Congreso). Así la revisión judicial de los reglamentos de la agencia es el remedio que se ajusta más al principio de separación de poderes.

4. LEYES QUE SE APLICAN POR LA FEDERAL TRADE COMISIÓN EN CUMPLIMIENTO DE SUS FACULTADES DE INVESTIGACIÓN, ADJUDICATION Y RULEMAKING.

Después de la investigación, en caso de que se considere que existe “reason to believe” (razón justificada) que la Ley está infringida, la Federal Trade Commission puede aplicar las leyes antitrust (y también las normas de protección de los consumidores y usuarios que no están en relación con el objeto del presente trabajo).

¿Cuáles son las leyes objeto de aplicación por parte de la Federal Trade Commission?

³⁰⁰ Note, “Judicial Review of Agency Rulemaking”, 14 Ga L.Rev.300(1979-80).

La Federal Trade Commission está obligada a pronunciarse sobre las prácticas que infringen las Sherman, Clayton o Robinson-Patman Act o sobre otras prácticas (que no infringen las citadas leyes, pero infringen la Federal Trade Commission Act). En los dos casos se aplica la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act como derecho antitrust (la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act se aplica también para los procedimientos de protección de los consumidores y usuarios que no son objeto del presente trabajo).

1. Aplicación de las Leyes Sherman, Clayton (15 USC 12-27, 99 (1994), 29 USC 52-53 (1994)) **y Robinson-Patman** (15 USC 13-13b, 21.a (1994)). Las conductas prohibidas por la Clayton Act o la Robinson-Patman Act pueden ser declaradas ilegales por la Federal Trade Commission tanto aplicando dichas leyes, como también por medio de la aplicación de la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act. En cuanto la Sherman Act, a pesar de que la Comisión no está autorizada a aplicarla directamente, puede proceder bajo la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act contra conductas que infringen la Sherman Act. Así el alcance de la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act³⁰¹ es más amplio que el de la combinación de la Sherman, Clayton y Robinson-Patman Act.

2. Aplicación de la Sección 5 de la Federal Trade Commission Act³⁰² en conductas que no infringen las Sherman, Clayton o Robinson-Patman Act.

En la famosa sentencia *Federal Trade Commission v. Sperry & Hutchison Co.* (405 US 233 (1972)) el Tribunal Supremo ha subrayado que la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act autoriza a la Comisión para “definir y declarar como prácticas anticompetitivas ilegales también las prácticas que no infringen la letra o el espíritu de las leyes antitrust”³⁰³. La conclusión del Tribunal Supremo es que la Comisión, aplicando la Sec. 5 del Federal Trade Commission Act tiene autoridad similar a un

³⁰¹ *Federal Trade Commission v. Motion Picture Advertising Service Co.*, 344 US 392 (1953), ver asimismo *FTC v. Beech Nut Co.*, 257 US 441.

³⁰² En este sentido ver Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op.cit., p.79 y 790- 792 y Seplaki, L. “Antitrust...”, op.cit., p.25.

³⁰³ “to define and proscribe an unfair competitive practice even though the practice does not infringe either the letter or the spirit of the antitrust laws”, doctrina confirmada con otra sentencia del Tribunal Supremo: *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists* (476 US 447, 454 (1986)): “the standard of “unfairness” under the Federal Trade Commission Act is, by necessity, and elusive one,

juzgado para tomar en consideración el interés público que a veces está más allá de la letra o espíritu de las leyes. El Alto Tribunal (en otra sentencia)³⁰⁴ ha afirmado que la Federal Trade Commission Act se ha aprobado para cumplir funciones supletorias de las Sherman y Clayton Act y, en este sentido, se puede justificar la intervención de la Federal Trade Commission fuera de los supuestos previstos en dichas leyes.

En un principio la Federal Trade Commission aplicaba la Sec. 5 del Federal Trade Commission Act a prácticas que tenían las mismas características que las previstas en la Sherman³⁰⁵, Clayton o Robinson-Patman Act, pero por alguna razón no estaban prohibidas por dichas leyes. En estos casos no había un efecto anticompetitivo de elevada gravedad. Los más recientes intentos para extender la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act fuera de los límites, establecidos en la Sherman, Clayton o Robinson-Patman Act ha tenido menos éxito. En muchos casos ha sido difícil comprobar los efectos anticompetitivos. Otras decisiones han sido revocadas por los juzgados, porque la Comisión no ha hecho una distinción clara entre conductas “legales” e “ilegales”³⁰⁶.

Se podría hacer un resumen de las leyes antitrust aplicadas por la Federal Trade Commission :

- Sec 5. de la Federal Trade Commission Act que prohíbe las prácticas anticompetitivas.³⁰⁷
- Sec. 1 de la Sherman Act que declara ilegal “todo contrato, combinación..., conspiración que restringe el comercio”.³⁰⁸
- Sec. 2 de la Sherman Act que declara ilegal lo de “monopolizar o los intentos a monopolizar” el mercado o el comercio³⁰⁹.

encompassing not only practices that violate the Sherman Act and the other antitrust laws, but also practices that the Commission determines are against public policy for other reasons”.

³⁰⁴ American News Co. v. Federal Trade Commission, 300 F.2d 104, 108, 371 US, 824.

³⁰⁵ Un ejemplo clásico es la sentencia FTC v. Cement Inst., 333 U.S.683(1948).

³⁰⁶ Sobre este tema Angland, J. (dir) “Antitrust ...”, op. cit., p. 556-558.

³⁰⁷ “unfair methods of competition”.

³⁰⁸ “every contract, combination..., or conspiracy, in restran of trade”.

³⁰⁹ “monopolize or attempt to monopolize” trade or commerce.

- Sec. 7 de la Clayton Act, que prohíbe las fusiones y adquisiciones cuyo efecto “ puede disminuir sustancialmente la competencia, o llevar a la creación de un monopolio”³¹⁰.
- Sec. 7ª de la Clayton Act (que se ha añadido el año 1976 por el Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act) que exige que las empresas notifiquen a las Agencias sus acuerdos para realizar futuras fusiones.
- Otras disposiciones de la Clayton Act, incluida la Robinson-Patman Act que prohíbe ciertas formas de discriminación de precios; la Sec. 3 de la Clayton Act que prohíbe varios tipos de acuerdos exclusivos y Sec. 8 de la Clayton Act que prohíbe los “interlocking directorates and officers”, es decir cuando ciertas personas desempeñan el cargo de directores en los consejos de dirección de dos o más compañías competitivas a la vez (ver Anexo N° 2)³¹¹
- La FTC tiene atribuidas facultades para aplicar asimismo varias disposiciones del derecho de la defensa de los consumidores y usuarios como la Truth – in – Lending Act, la Fair Credit Reporting Act, la Fair Packaging and Labeling Act, etc...

Después de hacer este breve resumen, se ha de constatar, que el alcance de la interpretación normativa de la FTC es muy amplio. El Congreso ha conferido a la agencia poderes ejecutivos multidimensionales, reforzando la amplia discrecionalidad de este órgano por medio de la Sec.5 de la FTC Act.

5. LA FEDERAL TRADE COMMISSION Y SU PARTICIPACIÓN EN PROCESOS JUDICIALES (LITIGATING AUTHORITY).

La Comisión es una autoridad independiente asimismo en el sentido que puede participar en juicios en su nombre y mediante funcionarios suyos.

Excepto disposiciones legales en sentido contrario, el Attorney General es responsable de participar en todos los juicios de los cuales las agencias son parte (28

³¹⁰ “may be substantially to lessen competition, or to tend to created a monopoly”.

USC 516). La Sec. 16 de la Federal Trade Commission Act (15 USC 56) autoriza a la Comisión a representarse a sí misma mediante attorneys propios en 4 casos: 1) solicitar mandatos judiciales en virtud de la Sec. 13 de la Federal Trade Commission Act, 15 USC 53; 2) Sec. 19 Federal Trade Commission Act en defensa de los consumidores y usuarios (15 USC 57b); 3) peticiones de revisión judicial de sus reglamentos u órdenes; 4) para ejecutar procedimientos de expropiación forzosa - Sec. 6 y 9 de la Federal Trade Commission Act (15 USC 46 y 49.3).

Además de estos cuatro casos en los que la Comisión puede automáticamente representarse a sí misma, la Sección 16 de la Federal Trade Commission Act prevé que la Comisión puede representarse a sí misma en cualquier proceso civil (civil action)³¹² según el mismo subtítulo en el caso de que el Attorney General no esté de acuerdo con el aviso en plazo de 45 días de la notificación - 15 USC56(a)(1). Esta disposición autoriza a la Federal Trade Commission a participar mediante sus attorneys en una gran variedad de procesos civiles que el Departamento de Justicia está dispuesto a litigar: se trata principalmente de procesos civiles para indemnización de daños y perjuicios en cumplimiento de la Sec. 5 (1) y 5 (m) de la Federal Trade Commission Act.

Otras normas regulan la representación ante el Tribunal Supremo: la Federal Trade Commission puede representar a sí misma ante el Tribunal Supremo en los casos expuestos en 15 USC 56 (a) (1) y (2) que se han analizado anteriormente - 15 USC 56 (a)(3) y también cuando la Federal Trade Commission autoriza al Solicitor General 60 días después del inicio del proceso y 10 días antes de la resolución y éste renuncia a representarla o no responde a la solicitud de representación.

³¹¹ Ver Shenefield, J. y Stelzer, I. "The Antitrust Laws:A Primer", op.cit., p.23.

³¹² La Federal Trade Commission Act autoriza a la Comisión de incoar proceso civil por indemnización de daños y perjuicios en dos supuestos: 1) la Sec. 5 (1) Federal Trade Commission Act (15 USC§45 (m) (1) (1994) – por violaciones de ordenes de cesación o desistimiento y 2) la Sec. 5 (m) autoriza a la Comisión de incoar proceso civil por violaciones de los Reglamentos de la Federal Trade Commission para prácticas previamente declaradas como desleales- 15 USC§45 (1) (m).

El juzgado debe de investigar si la parte tiene conocimiento actual o pueda tener conocimiento basándose en las circunstancias objetivas que dicho acto de competencia desleal está prohibido por el Reglamento- 15 USC§45(m) (1) (A) (1994).

En el primer caso el juzgado puede hacer sólo 2 tipos de determinaciones: de si la conducta del demandado ha sobrepasado la orden y la cantidad de la multa - FTC v. Sunkist Corwers [FTC Complaints § Orders –1983-1987 Transfer Binder) . La cantidad de la multa no puede sobrepasar 10.000\$ para cada infracción. En caso de violación continuada cada día más es tratado como violación separada 15 USC§45 (1)(c)(1994): Para determinar la cantidad final de la multa el juzgado debe considerar:

- El grado de la violación
- Otras conductas similares efectuadas por parte del infractor.
- Su solvencia económica.
- Su posibilidad de continuar su negocio después de pagar la multa ; otros requisitos.

6. OTRAS ACTIVIDADES Y FUNCIONES DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

6.1. Las recomendaciones y directrices.

Las partes en el proceso pueden solicitar recomendaciones (request advice) de la comisión (16 CFR 1.1-1.4 (1996)). Las recomendaciones formales pueden abarcar solamente cuestiones sustanciales o nuevas de hecho o derecho, o de interés público importante. Las partes pueden solicitar información (advisory opinions) sobre cualquier actividad propuesta por la Federal Trade Commission que no es hipotética, basándose en la investigación o procedimiento de la Comisión y en caso de que se requiere una investigación profundizada (16 CFR 1.1 (b) (1996)). La respuesta de la Federal Trade Commission por medio de recomendación (advisory opinion) no es vinculante³¹³ y no puede ser objeto de revisión judicial excepto en caso de necesidad excepcional o ilegalidad³¹⁴ porque se trata de una actividad discrecional de la Comisión.

La Federal Trade Commission ha propuesto recomendaciones³¹⁵ (advisory opinions) sobre fusiones, fijación de precios o autorizaciones. Las advisory opinions se publican , junto con una copia de la solicitud para la recomendación (16 FR 1.4 (1996)).

La Comisión puede reconsiderar y revocar la advisory opinion en cualquier momento, pero en caso que el solicitante ha actuado de buena fe de acuerdo con la recomendación, ha expuesto todos los hechos relevantes y ha dejado de ejercer la práctica después de la notificación , la Comisión no podrá demandar al mismo por los hechos que son objeto de la advisory opinion³¹⁶(16 CFR 1.3 (b) (1996)).

Las advisory opinions son una vía práctica para evitar infracciones y futuros procesos contra las empresas. De esta manera se introduce más seguridad jurídica para las empresas y confianza en las instituciones antitrust.

³¹³ U.S. v. New Orleans Chapter Assoc. Gen. Contractors. Of Am., 382 U.S. 17 (1965).

³¹⁴ Floersheim v. Weinberger, 346 F. Supp. 950 (D.D.C. 1972), aff'd in part, rev'd in part, and remanded on other grounds sub. nom. Floersheim v. Engman, 494 F.2d 949 (D.C. Cir. 1973).

³¹⁵ Neale A. D. "The Antitrust....", op.cit., p.395; Areeda & Kaplow "Antitrust Analysis...", op.cit., p.111; Angland, J. "Antitrust...", op.cit., p.638.

6.2. Las guías para la industria (Industry Guides)

Como se ha puesto de relieve, las guías pueden tener relación con una industria concreta o prácticas específicas comunes para varias industrias (16 CFR 17-24, 228-260). Estos documentos de la Federal Trade Commission son destinados a informar sobre las actividades que la Comisión considere impropias para la economía de libre mercado con propósito de que los sujetos abandonen voluntaria- y simultáneamente dichas actividades(16 CFR 1.5 (1996)).

Las guías no tienen fuerza obligatoria (force of law)³¹⁷ o efecto vinculante³¹⁸, pero la Comisión puede empezar un procedimiento de oficio , por violación de las guías (16 CFR 1.5 (1996)): mediante las guías los agentes de mercado pueden averiguar cuál es el límite de sus acuerdos o prácticas.

Así, para la consecución de los objetivos de la política de defensa de la competencia, la FTC puede emplear medios más flexibles que los Trade Regulation Rules o las órdenes.

6.3. Los informes (statements) de la Federal Trade Commission.

La Federal Trade Commission informa a los empresarios en relación con las conductas y prácticas futuras en el mercado competitivo. Igual que los “industry guides”, los informes pueden ser dirigidos a una industria específica o a problemas de varias industrias (16 CFR 14.11, 14.12, 14.15, 14.17).A pesar de esto, los policy statements son más generalizados que las guías .Estos informes son muy útiles para los agentes de mercado, porque les ayudan para valorar sus conductas y abstenerse de algunas de ellas- en esta misma línea se pueden ofrecer como ejemplo los dos informes recientes- “Competition Policy, Patent Law and Innovation”, de 28 de sept. de 2005³¹⁹ y “Overview of Antitrust Action in Health Care Services and Products”, de 3 de octubre de 2005³²⁰.

³¹⁶ Dixon, P. “FTC Advisory Opinions”, 18 Adm. L. Rev.65(1965- 1966).

³¹⁷ Ash Grove Cement Co., 81 FTC 1021, 1051(1972), aff’d, 577 F.2d 1368, 1374(9th Cir.), cert. denied, 439 U.S.982(1978).

³¹⁸ AMREP v. FTC, 768 F.2d 1171(10th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S.1034(1986).

³¹⁹ Que se puede consultar en www.ftc.gov/speeches .

6.4. Abogacía de la competencia .

La Federal Trade Commission realiza una función de abogacía ante otras entidades reguladores federales (Securities and Exchange Comisión, Federal Communications Comisión, etc...), estatales o locales, siempre en relación con problemas de defensa de la competencia y protección de los consumidores y usuarios. Los textos y comentarios en relación con la citada actividad de la Federal Trade Commission se publican en la revista “Antitrust and Trade Regulation Report (BNA)” en el título “The Federal Trade Commission and Act – Intervention Program”. Dicho programa está criticado actualmente por su ineficacia y por la falta de coordinación, ya que se crean conflictos entre las instituciones lo que lleva a un alto grado de ineficacia de la regulación.

6.5. Defensa de los consumidores y usuarios.

La Federal Trade Commission realiza también otras actividades cuyo objetivo es la defensa de los consumidores y usuarios. Entre ellas se pueden destacar:

1) Garantías de los consumidores y usuarios: la Federal Trade Commission proporciona información sobre la calidad de los productos, los plazos de caducidad de los mismos, etc. ...(Magnuson-Moss Warranty Act),

2) Regulación del etiquetado: para facilitar la información al consumidor y usuario sobre la calidad de los productos para que el consumidor elija el mejor producto en el mercado – 16 CFR pt. 500.

3)Regulación de los créditos³²¹.

³²⁰ www.ftc.gov/bc/051 .

³²¹ en aplicación de Federal Trade Commission Act; Consumer Credit Protection Act (15 USC §§ 601-1693(1994)), modificado en Pub. I, No. 104-29, 109 Stat. 271 (1995); Federal Reserve Board Regulations, Fair Credit Billing Act (15 USC § 1666 – 1666 j (1994)), Consumer Leasing Act (15 USC § 1667-1667 j (1994)) con la Regulation M 2 CFR pt. 213, Fair Credit Reporting Act 15 USC § 1681-1681 t (1994), Equal Credit Opportunity Act – 15 USC § 1691-1691 F (1994), Fair Debt Collection practices Act – 15 USC § 1692 – 1692-16920, Electronic Fund Transfer Act – 15 USC § 1692 k (1994).

6.6. Actividad internacional.

La FTC(y la Antitrust Division) están autorizadas para aplicar el derecho antitrust estadounidense para prevenir conductas fuera de las fronteras de los Estados Unidos, cuando estas conductas afectan a los consumidores en los Estados Unidos³²² o las exportaciones de los Estados Unidos.³²³ En este sentido ha sido elaborada la Internacional Antitrust Enforcement Assistance Act(1994), que trata la asistencia de autoridades extranjeras a la FTC, por medio de intercambio de información confidencial, búsqueda de pruebas, etc... y la Antitrust Enforcement Guidelines for Internacional Operations(1995). Además en esta área de cooperación internacional los Estados Unidos han firmado acuerdos bilaterales con Alemania(1982), Francia(1984), la Unión Europea(1991). En este sentido asimismo es importante la participación de los Estados Unidos, por medio de sus instituciones antitrust, en el proyecto de Ley Internacional de Defensa de la Competencia que se va a realizar por medio de un acuerdo multilateral en la Organización Mundial del Comercio.³²⁴

En el derecho norteamericano se dan dos conceptos contradictorios respecto a la competencia de las autoridades de los Estados Unidos en el derecho antitrust.³²⁵ Se distinguen la teoría de la aplicación estrictamente territorial de las leyes antitrust – defendida por el juez Holmes en la sentencia *American Banana Co. v. United Fruit Co.* 213 U.S. 347(1909) y la teoría según la cual el efecto es parte del acto criminal y que teniendo lugar el efecto dentro del territorio de los Estados Unidos, el acto mismo está dentro de su jurisdicción – postura defendida por el juez Hand en el asunto *ALCOA – United States v. Aluminium Company of America*, 148 F.2d 416(2nd Cir. 1945). En esta última sentencia el juez Hand afirma que la Sherman Act incluye en su ámbito los acuerdos internacionales y otros convenios en el sector del comercio, cuya intención fuese la restricción del comercio exterior de los Estados Unidos y que hubiesen restringido este comercio. Esta misma doctrina ha sido seguida desde el año 1945 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Conviene citar asimismo en este contexto ³²⁶

³²² Se afirma que se trata del interés de los consumidores no solamente en los EE.UU., sino en general, que las finalidades del derecho antitrust son las mismas y que el objetivo de la actividad internacional de las instituciones antitrust estadounidenses es promocionar la competencia y el bienestar del consumidor, porque las reglas y los abusos de mercado no conocen fronteras- en este sentido ver Oliver, D. “FTC Antitrust Policy in International Trade” en Hawk, B.(ed) “US and Common Market Antitrust Policies”, ed. Matthew Bender, New York, 1987, p.1.

³²³ Shenefield, J y Stelzer, I. “The Antitrust Laws...”, op.cit. pp.102 - 105.

³²⁴ Ver asimismo Ley-tipo de Defensa de la Competencia, UNCTAD, 2004.

³²⁵ Villegas Cayón, J. “Monopolio y competencia”, op.cit. p 118; ver asimismo Holmes, W. “Antitrust Law Handbook”, op.cit. pp.625-629.

³²⁶ Ver el comentario de Neale, A.D. “The Antitrust Laws...”, op.cit., pp.363- 364.

la sentencia *Timberlane Lumber Co.v.Bank of America*, 549 F.2d 597(9th Cir.1976), donde por primera vez es expresada la doctrina de la “jurisdictional rule of reason” que consiste esencialmente en la valoración y balance de los intereses de los EE.UU. y el interés extranjero.Fox³²⁷ considera, que no existe una doctrina de aplicación unánime, sino que siempre se considera el interés de los EE.UU. para cada caso concreto y de esta consideración depende la aplicación de dicha regla de razonabilidad³²⁸.Areeda&Kaplow enfatizan en que no se ha determinado hasta el momento el punto de partida para la solución en este tipo de asuntos³²⁹: se trata de balance entre una serie de factores, aunque el efecto sobre el comercio de los EE.UU.es la determinante³³⁰.

Sin duda alguna en aquel entonces no se podía tener una idea clara de la importancia que estos aspectos iban a tener en el futuro .Los cambios estructurales de los mercados a escala internacional llevaron a una formación progresiva de mercados oligopolísticos. El derecho antitrust tiene que afrontar nuevos excesos de poder de mercado y equilibrar estos poderes de mercado(que no siempre se pueden separar nítidamente del poder político)A veces estos poderes de mercado se manifiestan en territorios distintos y pueden tener efectos en varios estados. Hay que recordar que los mercados oligopolísticos raramente están representados exclusivamente por un número reducido de grandes empresas que compiten entre sí, sino que estas empresas incluyen en su “estrategia de mercado” otro número de empresas de menor dimensión que compiten entre sí.³³¹ Además, según Amato³³² las empresas oligopolísticas no tienen poder exclusivo, pero sí un poder mucho más grande en comparación con los monopolios, porque adoptan estrategias para subir precios(no como práctica paralela, sino seguidamente), desarrollan estrategias para división de los mercados en el plano internacional, etc...De este modo se puede crear un nuevo sistema de equilibrio de poderes, en otros niveles que se interpone a las reglas de mercado, establecidas por las leyes antitrust. En estas bases algunos juristas y economistas estadounidenses

³²⁷ Fox, E. “Extraterritoriality and Antitrust- is Reasonableness the Answer?”, en Hawk, B.(ed) “US and Common Market Antitrust Policies”, ed. Matthew Bender, New York, 1987, p.51 y ss.

³²⁸ Ver *Laker Airways v. Sabena*, 731 F.2d 909, 953-956(D.C. Cir.1984).

³²⁹ Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op.cit., pp.156- 166 ; ver asimismo Griffin, J. “Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Law”, 67 Antitrust L.J.(2000); McNeil, J. “”Extraterritorial Antitrust Jurisdiction:Continuing the Confussion in Policy, Law and Jurisdiction”, 28 Cal.W. Int’l.L. J. 425(1998) y Lowe, A. “Extraterritorial Jurisdiction: an Annotated Collection of Legal Materials”, 1983.

³³⁰ Uno de los casos recientes de la aplicación de la teoría del efecto es *U.S. v. Nippon Paper Indus. Co.*, 109 F 3d1, 8-9(1st Cir. 1997), rev’g. 944 F. Supp.55(D.Mass.1996).

³³¹ Una explicación de este fenómeno en Petitbó Juan, A. “Los órganos de defensa de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de sus funciones”, en “Anuario de la competencia”2001, ed. Marcial Pons, Madrid 2002, pp.45-75.

³³² Amato, G. “Antitrust and the Bounds of Power”, ed Hart Publishing,Oxford, 1997, pp.106-107.

encuentran la justificación de una estrategia antitrust a nivel internacional en la elaboración de la que participa activamente la FTC.

VI. LOS CONTROLES SOBRE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

1. CONTROLES INTERNOS.

La FTC es un órgano colegiado y las decisiones se toman por un quórum y mayoría determinados (tres comisarios).La pertenencia de no más de tres comisarios al mismo partido político, garantiza un mayor grado de control, evitando así decisiones conforme a una misma ideología política. Se considera que los órganos colegiados son menos vulnerables a las presiones políticas o privadas que un órgano monocrático³³³.Además, la colegialidad del órgano decisor es una garantía más de la racionalidad de las decisiones adoptadas.

2. CONTROLES EXTERNOS.

2.1.Control político.

Este control sobre la Federal Trade Commission y las agencias independientes en general está determinado por el principio de separación de poderes y por la forma de organización del Estado en relación con la misión de las agencias de determinar la política pública a seguir y elaborar los medios para conseguir los objetivos de dicha política³³⁴.La importante misión de la FTC como reguladora del grado de competencia en el mercado sitúa esta agencia en un lugar específico respecto al Congreso y al Presidente y determina el alcance del control de estas dos instituciones.

³³³ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op. cit., p. 120.

³³⁴ En este sentido en general, Davis, K. C. y Pierce, R. “Administrative Law Treatise”, op. cit.; Kerwin, K. M., “Rulemaking: how government agencies write law and make policy”, op. cit. ; Schwartz B.,

2.1.1. Control del Congreso.

Se trata de un control demasiado intenso³³⁵ y esto es posible porque aun sin existir previsión constitucional al respecto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha reconocido expresamente que corresponde al Congreso controlar la actividad administrativa³³⁶.

En primer lugar el Senado debe aprobar el nombramiento de la Comisión, efectuado por el Presidente, pudiendo controlar el Congreso sus actos y actividades, aprobar el presupuesto y reformar el régimen jurídico de la Agencia(incluso disolver la agencia).

Como se ha apuntado anteriormente en relación con el control sobre los reglamentos, los demás instrumentos de control son los instrumentos comunes: las preguntas, interpelaciones e investigaciones³³⁷ sobre un problema concreto. Existen comisiones permanentes o comités parlamentarios: la actividad de la Federal Trade Commission, como también de las otras Agencias Independientes está supervisada por 4 comités, 2 de los cuales supervisan las actividades normativas (uno en cada Cámara) y 2 controlan la actividad económico-presupuestaria (también uno en cada Cámara)³³⁸.

El lugar principal entre los controles parlamentarios sobre la actividad normativa lo ocupa el veto legislativo, que garantiza la subordinación de los programas de la FTC a la política del Congreso.

El control presupuestario por parte de los dos comités correspondientes se realiza a instancia del Controller General (el responsable de la fiscalización del gasto público), de cualquier comisión o diputado. Se supervisa no sólo el presupuesto, sino también el contenido de los proyectos en los que se ha invertido el dinero público³³⁹.

“Administrative Law”, op.cit.; Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op. cit ;Moreno Molina, A.M., “Las aspectos institucionales de la defensa de la competencia”, op. cit.

³³⁵ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op. cit., p. 122; McGrain v. Daigherty, 273 US 135 (1927).

³³⁶ Ibíd.

³³⁷ Se convocan a los responsables de la Comisión, funcionarios, ciudadanos y a expertos externos. El Congreso redacta informes o estudios sobre el problema concreto y proponiendo reformas en la organización de la Agencia.

³³⁸ Stewart, R. “La justicia administrativa en los Estados Unidos de Norteamérica” en Barnés, J. (ed.), “Breve introducción al sistema estadounidense de judicial review o control judicial de la actividad administrativa”, op. cit.

³³⁹ Sobre los métodos del control del Congreso: Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.40-44;Breyer&Stewart “Administrative Law and Regulatory Policy”, op.cit., p.92-93; Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op.cit., p.6; Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit., p.10; Cushman, R. “The Independent Regulatory Commissions”, op.cit; Kerwin, K. “Rulemaking...”, op.cit., p.32; Kovacic, W.

Ultimamente en la doctrina se sostiene que la idea de las agencias como meras transmisoras de la voluntad legislativa es claramente errónea y no responde a la realidad de las difíciles decisiones redistributivas que deben efectuar. En consecuencia, es conveniente redefinir el esquema de relaciones entre el Legislativo y las agencias, tomando en consideración varios factores, como: la necesidad de cooperación entre los reguladores, los efectos indirectos de eliminación de la competencia, que suscitan algunas regulaciones, la necesidad de llegar a acuerdos con industrias con capacidades económicas y de innovación importantes, la ausencia de información suficiente³⁴⁰. En el caso de la FTC estos factores definen unas relaciones de control, pero asimismo de coordinación con el Congreso, para la consecución eficaz de los objetivos de las leyes antitrust.

2.1.2. Control Presidencial

Las Agencias Independientes en general no responden políticamente ante el Presidente: el Presidente no puede destituir ninguno de los comisarios excepto por las causas tasadas por la Ley³⁴¹. A pesar de esto, como se ha analizado anteriormente existen mecanismos de control ex ante, establecidos por el Presidente Carter y desarrollados en la Executive order (Decreto) 12 291 de 1981, Executive Order (Decreto) 12 498 de 1985 del Presidente Reagan y en el Decreto 12 866 del Presidente Clinton. En resumen se puede decir que se trata de mecanismos de control de los programas, llevados a cabo por las Agencias y de sus actos normativos³⁴² y este control es cada vez más intenso. En consecuencia, resulta que, de este modo, se introducen mecanismos de coordinación entre la política del Presidente y la política de la FTC, en nuestro caso. Este control se considera necesario en relación con la coordinación de objetivos en el Ejecutivo en general.

“Congress and the Federal Trade Commission”, 57 Antitrust L.J.869(1988) y “The FTC and Congressional Oversight of Antitrust Enforcement”, 17 Tul.L.J.587(1981- 1982).

³⁴⁰ Ver Comella Dorda, R. “Límites del poder reglamentario...”, op.cit., p.43 y Stewart, R. “The Transformation of American Administrative Law”, 88Harv.L.Rev.1669(1975).

³⁴¹ *Humphrey’s Executor v.U.S.*, 295 U.S.602(1935).

³⁴² Kerwin, K. “Rulemaking...”, op.cit., p.123, Breyer&Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.136; Fox, W. “Understanding...”, op.cit., p.165; Bruff , H. “Presidential Management of Agency Rulemaking”, 57 Geo.Wash.L.Rev.533(1989) y “Presidential Power and Administrative Rulemaking”, 88 Yale L.J.451(1979);Olson, G. “The Quiet Shift of Power: OMB Supervision of EPA Rulemaking under Order 12 291”, 4 Va.J.Nat.Resources L.1(1984) ;Davis, K.C. “Presidential Control of Rulemaking”, 56 Tul.L.Rev.849(1981-1982); Rosenberg, M. “Beyond the Limits of Executive Power: Presidential Control of Agency rulemaking under Executive Order 12 291”, Mich. L.Rev.193(1981- 1982).

Otros medios de control por parte del Presidente son: el poder de destitución del Director de la Federal Trade Commission, para lo que no se prevén causas tasadas y la facultad de revisión de los anteproyectos de presupuesto.

Según la opinión mayoritaria en la doctrina, la mayoría de los Presidentes han respetado la distancia “jefe del Ejecutivo”- Agencias Independientes.

2.2. Control judicial.

Antes ya se ha destacado la importancia del control judicial sobre los actos individuales y normativos de la Federal Trade Commission. Para generalizar se va a enfatizar en dos notas más en cuanto el alcance y los efectos de dicho control³⁴³. En primer lugar varios autores han insistido en el margen de discrecionalidad demasiado amplio con que se mueven las agencias, dictando decisiones y normas: de este modo el alcance del control jurisdiccional está limitado por un fenómeno típico de los Estados Unidos, porque los tribunales demuestran una especial “deferencia”³⁴⁴ con las decisiones tomadas por una Agencia- así, los juzgados revisan un pequeño número de actos de las agencias. Dicho fenómeno se explica en primer lugar por la complejidad técnica y carácter específico de las normas y los actos singulares dictados por la Federal Trade Commission, en nuestro caso. Se trata de actos y normas creadas por expertos en la materia, cuyos estudios e investigaciones son difíciles de revisar y reemplazar por los jueces, que en general no tienen los mismos conocimientos y especialización. Además en los Estados Unidos existe la tradición de no interferencia de los jueces en el Poder Ejecutivo – una interpretación formalista del principio de separación de poderes³⁴⁵. Existe la posibilidad de que, en caso contrario, la denuncia que lleve a una sentencia desfavorable para la FTC será seguida por miles de denuncias, atacando otros actos singulares y esto no es admisible por la misión específica de la agencia de promover una área importante de la política pública.

He enfatizado(en relación con el control sobre los reglamentos), que desde la perspectiva del principio de separación de poderes, los tribunales están “mejor

³⁴³ Sobre el tema se ha hecho una exposición detallada en general en: González García, J.V. “El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de Norteamérica”, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1996 ; Cuchillo Foix, M. “Jueces y Administración en el federalismo norteamericano: el control jurisdiccional de la actuación administrativa”, ed. Civitas, Madrid, 1996.

³⁴⁴ En general: Breyer & Stewart “Administrative Law...”, op.cit., p.197; Lawson, G. “Federal...”, op.cit., pp.502- 505; Scalia, A. “Judicial Deference to Administrative Interpretations of law”, Duke L.J., 511(1989); Anthony, D. “Which Agency Interpretations Should Bind the Court”, 7 Yale J. on Reg.1(1990); Starr “Judicial Review in the Post- Chevron Era”, 3 Yale J. on Reg.283(1986).

³⁴⁵ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op. cit., p. 124.

situados”, para revisar los actos de las agencias independientes .En el caso de la FTC, el objetivo de este control debe ser el funcionamiento eficaz de la agencia para la protección de la competencia.De tal modo, los que han sido tratados injustamente por la agencia deben ser compensados a través de remedios adecuados³⁴⁶, siempre respetando la amplia discrecionalidad de la FTC.

VII. LA FINANCIACIÓN DE LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

Se debe insistir en la autonomía financiera de la Federal Trade Commission como un rasgo típico de las Agencias Independientes.

La principal fuente de la financiación son ingresos públicos controlados por el Congreso: se trata de una manera indirecta de influir sobre la política reguladora. Moreno Molina ofrece varios ejemplos, entre ellos el cese de actividades de la Federal Trade Commission en 1980 por falta de presupuesto. De este modo, el Congreso puede modificar los programas e incluso el régimen jurídico de una agencia.Para la aprobación del presupuesto de la Federal Trade Commission se sigue el régimen general: la Federal Trade Commission remite al Presidente el anteproyecto de presupuesto; la Office of Management and Budget integra este anteproyecto en el proyecto de presupuesto del Ejecutivo (modificando lo que considere necesario). Como se ha señalado este es un medio del Presidente para influir en la actividad de la Comisión, ampliando o disminuyendo los ingresos de varios programas. Finalmente, el Presidente remite el proyecto al Congreso que es quien lo aprueba, especificando:

- la cantidad asignada
- cómo debe gastarse
- en qué objetivos³⁴⁷.

Junto con el Presupuesto existen también otras dos vías de financiación pública: la Autorización y las Appropriations.

³⁴⁶ Breyer&Stewart “ Administrative Law...”, op.cit., p.196- 198.

³⁴⁷ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op.cit., p. 117; Moreno Molina, A.M., “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”,op. cit., p. 205 y ss.

Por medio de una Ley, denominada Autorización - Authorization, el Congreso puede autorizar a la Comisión para llevar a cabo un programa concreto –se trata de autorizaciones presupuestarias para acciones concretas, que es una forma poderosa de control por parte del Congreso.

A través de una ley –Appropriation, el Congreso determina el importe de los créditos presupuestarios que la Comisión puede acumular en un año fiscal: también se trata de autorizaciones para una actividad concreta que son otro medio de dirección y control por el Congreso³⁴⁸.

También existen medios privados de financiación, que a pesar que no tienen la importancia de los ingresos públicos forman una parte considerable de la financiación de la Comisión. Se trata ante todo de las tasas por el control sobre las fusiones y del procedimiento de resolución de conflictos; el patrimonio de la Federal Trade Commission y las rentas derivadas del mismo.

Como se ha señalado, el control financiero sobre la Federal Trade Commission corresponde al Parlamento a través de los comités que existen en las dos cámaras del Congreso.

Se ha podido observar que existe una variedad de medios de financiación de la FTC, algunos de los cuales garantizan los controles (del Congreso y el Presidente) sobre la agencia, pero asimismo ofrecen la posibilidad de que la FTC disponga de considerables recursos para realizar su misión específica en defensa de la competencia.

³⁴⁸ Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op.cit., p. 119.

B.LA DIVISIÓN ANTITRUST DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

I. LOS PRIMEROS AÑOS DE LA DIVISION.REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA Y LA FEDERAL TRADE COMMISSION.

Durante varias décadas la misión de la División Antitrust del Departamento de Justicia¹ de los Estados Unidos ha sido promover y proteger los procesos competitivos en los mercados y favorecer la economía de los Estados Unidos por medio de la aplicación de las leyes "antitrust" a conductas, que distorsionan de una manera grave el proceso de competencia.

En la época de T.Roosevelt, cuando P.Knox fue nombrado Attorney General, el Departamento de Justicia recibió por primera vez funciones específicas en materia antitrust².El primer crecimiento importante de asuntos antitrust³, llevados a cabo por la Division, se produce en la misma época de Roosevelt.Sin embargo,durante la I Guerra Mundial el número de asuntos ha disminuido⁴(siete asuntos por año) y esto se debía a las órdenes del Presidente Wilson de abstenerse de iniciar investigaciones:en los tiempos de guerra había otras prioridades y, además, la administración de W.Wilson defendía los círculos del "business".El año 1938 Thurman Arnold⁵ fué elegido Assistant Attorney General: junto con el incremento del personal y el presupuesto de la División, Arnold empezó a promover varios cambios organizativos⁶ que incrementaron la eficacia de la División; uno de los cambios significantes fué la creación de la sección económica.En la misma dirección ha trabajado otro AG -

¹ El Departamento de Justicia fue creado en 1870 para atender el creciente volumen de asuntos que correspondían al Attorney General(Villegas Cayón, J."Monopolio y competencia", op.cit., p.155):el Departamento de Justicia está organizado en siete divisiones principales, una de las cuales es la División Antitrust.

² Weaver, S. "Decision to Prosecute", ed.MIT Press, Cambridge, 1977, p.6.

³ Sobre las razones de la inactividad de la División en sus primeros años ver Letwin, W. "Law and Economic Policy in America", ed.Edinburg UP, Edinburg, 1966.

⁴ Posner, R. "Antitrust Law: an Economic Perspective", op.cit., p.25.

⁵ Corvin, D. "T.Arnold and the Antitrust Laws", Pol.Science Q.58/3, sept.1943; Neale, A.D., "The Antitrust...", op.cit., p.17.

⁶ Ver Arnold, T. "Antitrust Law Enforcement, Present and Future", L.&Contemporary Probl.7/1(1940); Weaver, S. "Decision to Prosecute", ed.MIT Press, Cambridge, 1977, pp.31- 35.

Donald Turner, que fué nombrado el año 1965⁷. Convencido de la importancia del análisis económico, Turner dió una nueva dirección para las actividades de la División, creando una sección de evaluación económica⁸ y reforzando la planificación de la política de competencia a largo plazo.

Es de gran interés observar que en la época de los –80, la tendencia de la administración de R.Reagan ha sido dejar “libres” las grandes empresas; algunos AAGs como Baxter y Mc Grath⁹ han destacado que debe cambiarse el curso de toda la política de competencia. Otro curso, diferente de la política de Reagan, se ha tomado durante los mandatos de Clinton y Bush, cuando se inician más casos antitrust y se introducen cambios respecto a las sanciones: se observa un crecimiento de las multas, impuestas en los casos de cárteles (sobre todo respecto a los cárteles internacionales) y de los plazos de encarcelamiento¹⁰.

En relación con los objetivos de la División ha de tenerse en cuenta que durante los últimos años han surgido varias tendencias, relacionadas con la persecución de las infracciones antitrust. En primer lugar, todavía se defiende la postura, de que la persecución de las infracciones más graves antitrust es un problema con raíces políticas. Existe asimismo la opinión que no siempre se llevan los asuntos que se deben resolver, no solo por falta de pruebas, sino porque se prefiere solucionar los asuntos importantes - “the big cases”¹¹ - y los asuntos que se pueden ganar. En este sentido conviene citar a D. Turner, según quien se deben perseguir los asuntos que deben entrar en la sala del juzgado y no todos los asuntos que se pueden ganar.

Hay que tener en cuenta que los asuntos antitrust suelen ser bastante más complicados que los asuntos en los demás ámbitos del derecho, tanto por los intereses protegidos como por los objetivos perseguidos por las autoridades antitrust. Como ya se ha destacado anteriormente en el trabajo, se trata de objetivos económicos y socio-

⁷ A diferencia de sus predecesores, la mayoría de los cuales han sido juristas de la práctica, Turner ha obtenido su título de Ph.D en economics y ha trabajado en la Harvard Law School durante largos años.

⁸ Una de las razones de la demora en las investigaciones de la División siempre ha sido la necesidad de realizar consultas sobre las interpretaciones económicas: una gran parte de los funcionarios de la División son juristas.

⁹ Fox, E. “The New American Competition Policy: from Antitrust to Pro-efficiency”, 2 ECLR439, 1981; Wish, R. “Competition Law”, ed. Butterworths, London, 1985, p.16.

¹⁰ Ver Balto, D. “Antitrust Enforcement in the Clinton Administration”, 9 Cornell J.L.&Publ.Pol’y 61(1999); Hammond, S. “An Overview of Recent Developments In the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program”, 10.01.2005, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/speeches; Brown, N. y Burns, J. “Antitrust Violations”, 37 Am.Crim.L.Rev.163(2000).

¹¹ Weaver, S. “Decision to Prosecute”, op.cit., p.79., ver asimismo Areeda&Kaplow “Antitrust Analysis”, op.cit., p.109 y Marcus, P. “The Big Antitrust Case in the Trial Courts”, 37Ind.L.J.51(1961).

políticos de gran importancia y por esta razón, la División debe dedicar sus recursos exclusivamente a la investigación de empresas que amenazan seriamente el proceso de competencia en el mercado.

La División es un órgano de la Administración que cuenta con amplia discrecionalidad¹², pero hay que tener en cuenta que a diferencia de la Federal Trade Comisión, el Department of Justice es un departamento ejecutivo. Como ya se ha señalado, en la doctrina administrativa¹³ se considera que las principales diferencias entre una agencia independiente tipo Federal Trade Commission y un departamento ejecutivo consisten en la propia actividad administrativa, que en el primer supuesto (la FTC) se lleva a cabo por un órgano colegiado, compuesto por expertos altamente especializados: como se ha indicado las agencias independientes han sido creadas para cumplir una misión específica. Es diferente la posición de un departamento ejecutivo, cuyo Director (Assistant Attorney General) y administración son jerárquicamente subordinados a la autoridad del Presidente de los Estados Unidos. El Presidente tiene la facultad de supervisión y control sobre la División Antitrust del Departamento de Justicia, inclusive la facultad de cesar al Assistant Attorney General (a diferencia del caso de la FTC que se ha analizado).

La División es la autoridad que investiga y condena las infracciones más graves de las leyes "antitrust": está autorizada para perseguir las infracciones de la Sherman Act (tanto criminales como civiles) y también las violaciones de la Clayton Act, pero sólo por medio de procedimientos civiles (puesto que las violaciones de la Clayton Act no constituyen delitos)¹⁴. Es importante subrayar otra vez que la Federal Trade Commission aplica la Clayton Act y la Sec. 5 de la Federal Trade Commission Act.

De este modo resulta que la División y la Federal Trade Commission asumen competencias para investigar tipos semejantes de conductas. Con objeto de repartir las competencias y para asegurarse que las dos agencias no se pronunciarán sobre un mismo asunto existe un procedimiento para definir las competencias de las dos autoridades - el así llamado "clearance procedure"¹⁵ que se inicia antes de que la agencia empiece el proceso de investigación (más concretamente antes de establecer

¹² Hylton, K. "Antitrust Law...", op.cit., p.48.

¹³ Schwartz, B. "Administrative Law", 3 ed., ed. Little, Brown and Co, Boston, 1991, p.18-19.

¹⁴ Hylton, K. "Antitrust Law", op.cit., p.48; Neale, A.D. "The Antitrust...", op.cit., p.4; Shenefield & Stelzer "The Antitrust Laws...", op.cit., p.83; Seplaki, L. "Antitrust...", op.cit., p.26.

¹⁵ Angland, J. "Antitrust Law Developments", vol.I, ed. ABA, New York, 1997, p. 659; Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines.

contactos con personas que no pertenecen al Ejecutivo¹⁶). Con objetivo de explicar cómo se realiza prácticamente la división de funciones entre las dos autoridades, voy a esbozar en breve los rasgos generales de estos procedimientos:

La autoridad, que haya obtenido información sobre una supuesta infracción antitrust (la División o la Federal Trade Commission) exige clearance form (documento firmado) de la otra autoridad. En la mayoría de los casos el asunto queda para la autoridad que ha solicitado la "clearance". Cuando existe conflicto de competencias entre las dos autoridades, cada Agencia puede nombrar representantes para resolver este conflicto y en caso de que no se llegue a ningún acuerdo se elabora un informe sobre toda la práctica de la División y la Federal Trade Commission para resolver asuntos semejantes o para resolver este tipo de conflictos de competencias. (Se trata de los precedentes con 5 años de anterioridad). Aún no consiguiéndose acuerdo satisfactorio la decisión final deberá ser tomada por los Tribunales Federales.

Se dan dos clases de Clearances:

1.CLEARANCE PROCEDURES EN RELACIÓN CON LAS FUSIONES.

Como la División y la Federal Trade Commission reparten competencias en la aplicación de la Sec. 7 de la Clayton Act - 15 USC & 18/1994, existe posibilidad de conflictos de competencias. Además puede surgir otro problema: las Agencias tienen que revisar rápidamente las transacciones en virtud de la Hart - Scott Rodino Act - 15 USC & 18 a (1994).

Por ambas razones estas dos autoridades han aprobado procedimientos internos para determinar el reparto de competencias y están obligadas a resolver el conflicto de competencias en un plazo de 9 días laborables, que transcurren desde la notificación de la fusión- Hart Scot Rodino Premerger Program Improvements (marzo 1995).

2.CLEARANCE PROCEDURES EN OTROS CASOS¹⁷.

Se ha indicado que todos los asuntos criminales se llevan por el Departamento de Justicia. La División puede iniciar investigación y persecución incluso cuando el

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ver Seplaki, L. "Antitrust...", op.cit., p.26; Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines .

asunto se lleva por la Federal Trade Commission"¹⁸ - United States v. Price Bros Co., 721 F Supp. 869, 872-73 .

Cuando la División no puede demostrar una posible infracción de la Sec. 5 del Federal Trade Commission Act, el asunto se traslada a la Federal Trade Comisión en un plazo de 30 días. Y, al revés, en caso de que la Federal Trade Commission descubra pruebas de conductas criminales, el asunto se traslada al Departamento de Justicia en un plazo de 30 días.

Una vez esbozados estos dos métodos prácticos, a través de los que se realiza el reparto de competencias entre la FTC y la División, se puede afirmar , que la dualidad institucional del antitrust en los EE.UU. refuerza la defensa de la competencia, confiriendo facultades diferentes a los dos órganos y ampliando de este modo las posibilidades de obtener información y las posibilidades de persecución. La División está encargada con la persecución de las infracciones más graves, lo que complica su tarea y , al mismo tiempo define esta institución como clave del Ejecutivo.

II. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA DIVISIÓN ANTITRUST DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.

El Attorney General actúa por medio de la División Antitrust del Departamento de Justicia de los EE.UU: como se ha apuntado la División Antitrust posee la competencia exclusiva de aplicar la Sherman Act y reparte competencias con la Federal Trade Comisión y otras Agencias respecto a la potestad de aplicar la Clayton Act. Además la División asume otras funciones que se expondrán más adelante en el trabajo.

La División está presidida por el Assistant Attorney General (AAG)¹⁹ que está elegido por el Presidente con la aprobación del Senado. El AAG dirige a cinco Director Assistant Attorney General (DAAG) y a la Oficina de Operaciones (Office of Operations) .La División está organizada en quince secciones y oficinas²⁰:

¹⁸ "The Division may initiate an investigation and criminal prosecution even where it has cleared a matter to the FTC."

¹⁹ Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines .

²⁰ Existen varias críticas en relación con la organización de la División: ver Blau, P. y Scott, R. "Formal Organization", ed. Chandler, San Francisco, 1962, pp.60- 74 y 244- 247; Weaver, S. "Decision to

- Oficina del AAG cuya función principal está relacionada con la potestad del AAG: dirigir y supervisar la División. El AAG puede ser asistido por un Consejo Especial.
- Sección de Apelación (Appellate Section) - esta sección representa a la División en los juzgados criminales y civiles de Apelación de los EE.UU y también prepara todos los appeals de la División ante el Tribunal Supremo de los EE.UU junto con el Solicitor General's Office.
- Sección de Política de la Competencia (Competition Policy Section) - los economistas de esta sección presentan soluciones a problemas de política de competencia en los EE.UU asesorando también a lo Gobiernos de otros países. Se trata de la elaboración de leyes "antitrust", cursos de formación, etc...
- Sección de litigation económica (Economic Litigation Section). Esta sección funciona en cooperación con los juristas de las Secciones de Litigación I, II y III. Los problemas económicos que se analizan por los funcionarios de dicha sección incluyen los efectos anticompetitivos de las fusiones y adquisiciones y de varios tipos de acuerdos restrictivos.
- Sección de Regulación Económica - en cooperación con el personal de las secciones de Energía, Transporte, Agricultura, Tecnología y Telecomunicaciones, los economistas de esta sección han de informar sobre todos los problemas que surgen en estas áreas en relación con la defensa de la competencia, puesto que la Sección de Regulación económica elabora los análisis económicos de las regulaciones en varios sectores.
- La oficina ejecutiva²¹ (Executive Office) incluye las subsecciones de recursos humanos, presupuestos, suplemento de servicios y sistemas informativos.
- Existen siete oficinas estatales en Atlanta, Chicago, Cleveland, Dallas, New York, Philadelphia, San Francisco, que llevan los asuntos criminales en relación con la defensa de la competencia, bajo la dirección de los Attorneys Generales del estado u otras agencias regionales o de los estados.
- Sección de Comercio Exterior (Foreign Commerce Section). Esta sección es responsable del desarrollo y de la aplicación de la política de la División en la práctica del comercio internacional. Esta sección es el enlace de la División con las

Prosecute”, op.cit., pp.107- 112; Posner, R. “Antitrust Law: an Economic Perspective”, op.cit., p.230 y “Antitrust in the New Economy”, 68 Antitrust L.J.925(2000- 2001).

²¹ Sobre las funciones de esta oficina, ver Weaver, S. “Decision to Prosecute”, op.cit., pp.36- 54.

organizaciones internacionales, incluidas las Agencias Antitrust de la UE, Canadá y otros países.

- Sección de política legal (Legal Policy Section) - dicha sección es responsable para proveer análisis de los problemas legales de la competencia en estrecha relación con los Attorneys General de los estados, coordinando programas a largo plazo.
- Secciones Litigación I, II y III (Litigation I, II, III Sections) - estas secciones autorizan las fusiones notificadas o proponen su reestructuración y llevan a cabo otros asuntos civiles o criminales, incluyendo problemas a nivel internacional.
- La Sección de Ejecución Criminal (National Criminal Enforcement Section). Esta sección es responsable de la realización de todas las investigaciones criminales, asimismo se ocupa de todas las acciones para resolver los conflictos judiciales basados en una infracción criminal.
- Sección Redes y Tecnología ("Networks and Technology") - se trata de la aplicación de las leyes "antitrust" en el área de las tecnologías de la información, de los servicios financieros y de los seguros.
- Oficina "Operaciones"²² ("Office of Operations") - esta oficina coordina la investigación, los conflictos judiciales y los procedimientos que afectan a la División Antitrust.
- Sección de Telecomunicaciones y Medios de Información ("Telecommunications and Media Section"). Esta sección es responsable de aplicar las leyes "antitrust" en las telecomunicaciones y medios de información, asegurando también "competition advocacy" (abogacía de la competencia) en los procedimientos ante la Federal Trade Commission.
- Sección "Transporte, Energía y Agricultura" - esta sección aplica las leyes "antitrust", toma parte en investigaciones y litigios en relación con infracciones de las leyes "antitrust" en los sectores regulados transporte, energía y agricultura, participando en procedimientos ante la Energy Regulatory Commission, Environmental Protection Agency, Department of Agriculture.

En el Anexo N 4 se puede ver el esquema organizativo de la División Antitrust.

²² Weaver, S. "Decision to Prosecute", op.cit., pp.103- 107; www.usdoj.gov/atr/sections; Angland, J. "Antitrust...", op.cit., p.657.

En relación con los funcionarios de la División varias veces se han expresado preocupaciones por la posibilidad de capturas y clientelismo. Los funcionarios de la División conocen de cerca los problemas de las ramas y sectores de la industria que investigan y algunas veces se ven presionados a no abrir investigaciones para no crear dificultades para las empresas. De vez en cuando, las relaciones con las industrias en estos casos puede ser algo positivo, porque se pueden encontrar soluciones para resolver algunos problemas del antitrust con los esfuerzos de las dos partes- la División y la empresa, que es objeto de la investigación. Además, la División actúa siempre con mínima predictibilidad, un hecho, que ha sido demostrado en el año 1970 por un estudio, realizado por periodistas del Fortune Magazine²³.

Examinado el esquema organizativo²⁴ de la División, se puede afirmar, que, contando con más de 300 profesionales y con los recursos de investigación del FBI, la División puede emplear fuerzas considerables para luchar contra las prácticas antitrust, investigando asuntos importantes²⁵. A continuación se va a ofrecer un breve análisis de los medios, que utiliza la División en su actividad y de las consecuencias de estos métodos.

III. FACULTADES DE LA DIVISIÓN ANTITRUST DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS.

Con frecuencia se destaca, que la tarea de la División es aplicar las leyes que regulan las condiciones de ejercicio de la libertad del empresario en la economía de mercado. La División debe identificar los infractores de estas leyes y llevarlos a los tribunales federales, para que los tribunales determinen su participación en la infracción y recompensen el perjuicio causado a los interesados y a la sociedad en

²³ Se han entrevistado presidentes de varias empresas y según la opinión mayoritaria en la encuesta (24 % de los empresarios encuestados), la División es la autoridad en cuyas decisiones tienen menos posibilidades de influir y la FTC se sitúa en segundo lugar con 16% de los votos. Para hacer una comparación, ninguna otra agencia ha obtenido más de 7% de los votos de los encuestados. (Diamond, R. "What Business Thinks: The Fortune 500- Yankelovich Survey", Fortune, Jan. 1970, cit. por Weaver, S. "Decision to Prosecute", op.cit., p.167.

²⁴ Sobre la organización de la División se puede leer asimismo Adewelt, R. "Organization and Operation of Antitrust Division", 54 Antitrust L.J.71(1985).

²⁵ Areeda & Kaplow "Antitrust Analysis" ofrecen el ejemplo de un caso, en que han participado más de 100 attorneys, la División ha recopilado más de un millón de folios de documentos de la empresa y después de un año de investigaciones, se ha iniciado un proceso, que ha durado 7 días – U.S.v. Arkansas Fuel Oil Co., 1960, Trade Cas.69619(N.D.Okla).

general²⁶. Se considera, que las dos tareas más importantes de la División son investigar las infracciones antitrust y recomendar la condena de estas infracciones por los juzgados. Si se procede a persecución, la División puede actuar de dos maneras:

- el asunto puede ser presentado ante el tribunal competente
- se puede proceder a una negociación informal entre el Gobierno y el acusado (en caso de que el acusado no haya cometido un delito),

En la doctrina norteamericana existen dos visiones contradictorias de las tareas de la División. De acuerdo con la primera (la expuesta anteriormente y más aceptada por la doctrina), la misión central de la institución es aplicar las normas antitrust. Algunos definen esta autoridad como “the policemen of the economy”²⁷. Según otra perspectiva²⁸, la de la Escuela de Chicago, la División debe ser un árbitro neutral, que no aplica directamente las normas, sino a través de evaluaciones económicas y análisis, ajusta el derecho a las circunstancias de una realidad en constante cambio. Por esta razón es importante su actividad de ofrecer guías prácticas del antitrust (a través de, por ejemplo, los Business Review Letters que se van a analizar más adelante). Estos dos enfoques tienen como base dos diferentes interpretaciones de los objetivos que el Congreso ha establecido en las leyes antitrust. Mientras que en el primer caso la División persigue varios objetivos a la vez: la defensa de la competencia, el bienestar del consumidor, otros objetivos socio-políticos, en el segundo caso se enfatiza el objetivo eficiencia económica como objetivo principal del derecho antitrust.

Conjugando estos dos enfoques, las facultades de la División se podrían dividir en tres categorías:

- Facultades de investigación.
- Participación en el proceso judicial.
- Otras facultades.

²⁶ Shenefield, J. “Compliance Programs as Viewed from the Antitrust Division”, 48 Antitrust L.J. 73 (1979); Weaver, S. “Decision to Prosecute”, op.cit., p.4.

²⁷ Litvack, S. “Government Antitrust Policy: Theory v. Practice and the Role of Antitrust Division”, 60 Tex.L.Rev. 649 (1981- 1982); Neale, A.D. “The Antitrust Laws...”, op.cit., p.374.

1. INVESTIGACION.

Las investigaciones "antitrust" se pueden realizar a instancia de parte²⁹(consumidores, competidores, otras agencias gubernamentales o incluso la prensa) o ex officio (por iniciativa de los "división attorneys"). Los medios de obtener información suelen ser las notificaciones de las fusiones y varios materiales informativos. Es importante enfatizar la cooperación de otras agencias gubernamentales en el proceso de adquirir información como la FBI³⁰, otras agencias federales³¹ - la EPA, Department of Defence, Department of Transportation o las agencias estatales. La División incluso puede emplear medidas coercitivas, con el propósito de obtener información, especialmente cuando se trata de investigaciones civiles, pero también se facilita la cooperación voluntaria de las partes y de otras personas que pueden ser entrevistadas.

Un problema importante, en relación con las investigaciones, es que no toda la información útil para las investigaciones llega a la División (por ejemplo cuando se investigan cárteles o industrias oligopolísticas). Esto sucede casi siempre porque las grandes empresas en la mayoría de los casos no entran en acuerdos con otras más pequeñas, que son las más interesadas en denunciar. En este caso la solución es que la División siempre puede abrir una investigación bajo sospecha de infracción y los funcionarios de la agencia pueden llevar esta investigación durante el plazo que consideren conveniente³². En este sentido la División cuenta con amplia discrecionalidad para decidir qué investigaciones se van a iniciar y cuáles de estas

²⁸ Ver Posner, R. "A Program for the Antitrust Division", 38 U.Chi.L.Rev.500(1971).

²⁹ El caso más frecuente es una denuncia de empresas dirigida al Attorney General, pero se dan casos asimismo de informaciones anónimas, o, por ejemplo, cuando en el curso de una investigación sobre algún delito, se descubren datos relacionados con una infracción antitrust: una exposición más detallada de las fuentes de investigación de la División se puede encontrar en Backstrom, J. Jr. "Criminal Investigations at the Antitrust Division", 54 Antitrust L.J.201(1985) ; Clark, J. "Civil Non-Merger Investigation and Enforcement Procedures at the Antitrust Division", 54 Antitrust L.J.195(1985); Whalley, J. "Priorities and Practices- the Antitrust Division Criminal Enforcement Program", 57 Antitrust L.J.569(1988); Weaver, S. "Decision to Prosecute", op.cit., p.55 y Seplaki, L. " Antitrust...", op.cit., pp.26- 27.

³⁰ El FBI dispone de agentes altamente especializados en materia antitrust que pueden interrogar a cualquier persona en relación al caso y requerir documentos.

³¹ La asistencia federal (incluyendo la asistencia de FBI) se obtiene a través de la Oficina de Operaciones de la DAAG de Ejecución Criminal (DAAG for Criminal Enforcement) - United States v. Aero Mayflower, Trade Co., 831 F. 2 d 1142, 1146 (DC Cir. 1987).

³² Ellif, T. "The U.S. Department of Justice 1937- 1962", cit. por Weaver, S. "Decision to Prosecute", op.cit., p.56.

investigaciones se van a seguir: se trata de la así llamada “prosecutorial discretion”³³ de la agencia. Esta “independencia” de los funcionarios de la División respecto a los casos que pueden iniciar y seguir garantiza la eficacia de la autoridad y considero que esta experiencia puede servir como ejemplo para el funcionamiento eficaz de las instituciones antitrust en general: en esta dirección está orientado el Reglamento de Procedimiento 1/ 2003 de la Comisión Comunitaria, que prevé un reforzamiento de los poderes de investigación de la Comisión (que se van a estudiar más adelante en el trabajo).

Otro medio de obtener información - en los casos de cárteles - es la exculpabilidad individual o corporativa, que se ofrece a los participantes en un acuerdo tipo cártel que colaboren con la División. La eficacia de dicho instrumento ha llevado a la aceptación de este método por una gran parte de las legislaciones antitrust, incluida la europea³⁴.

Cabe destacar, que después de obtener los primeros datos sobre la conducta, la División debe elegir el procedimiento para las investigaciones: si se va a seguir la vía civil o la vía penal.

1.1. La elección entre proceso civil o penal.

Las Secciones 1 y 2 de la Sherman Act dejan en manos del Ejecutivo la elección entre proceso civil o criminal. No existe un criterio claro sobre cuándo se debe empezar una investigación civil o criminal. La mayoría de los casos de investigación criminal son violaciones “per se” de la Sherman Act (Sec. 1) como la fijación de precios, la división de los mercados o reincidencias³⁵.

El Tribunal Supremo de los EE.UU ha impuesto unos requisitos básicos que son los límites prácticos de la discrecionalidad de la División en dicha área. En la sentencia *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978), el Tribunal Supremo ha afirmado que deben existir pruebas de “criminal intent”³⁶ (la acusación de Gypsum

³³ Ver Baker, D. “To Indict or Not to Indict: Prosecutorial Discretion in Sherman Act Enforcement”, 63 Cornell L.Rev. 405(1978); Litvack, S. “Government Antitrust Policy: Theory v. Practice and the Role of Antitrust Division”, 60 Tex..Rev. 649(1981- 1982).

³⁴ Medinger, J. “Antitrust Leniency Programs: A Call for Increased Harmonization as Proliferating Programs Undermine Deterrence”, 52 Emory L.J.439(2003).

³⁵ Villegas Cayón, J. “Monopolio y Competencia”, op.cit., p.159; Ver asimismo Litvack, S. “Report from the Antitrust Division”, 49 Antitrust L.J.1073(1980), McGrath, P., entrevista, 53 Antitrust L.J.27(1984), Baxter, W. , entrevista 50 Antitrust L.J.151(1984), Bingaman, A. “Antitrust Enforcement: Some Initial Thoughts and Actions”, conference, november 3, 1989.

³⁶ El Tribunal define el requisito estado mental de conocimiento que las consecuencias de la conducta serían anticompetitivas o existe un intento específico de infringir la ley; asimismo *Standart Oil Co. of*

en conspiración con sus competidores en fijación de precios no fue suficientemente argumentada, porque no existían pruebas del efecto sobre los precios por el intercambio de información entre los competidores). La intención criminal significa que la conducta ha sido realizada con el conocimiento de sus más probables consecuencias - *United States v. W.F. Brinkley & Son Constr. Co.* 787 F 2d 1157, 1162 (4th Cir. 1986).

Evidentemente existe intención criminal cuando el objetivo de la conducta son los efectos anticompetitivos (independientemente del resultado de dicha conducta). En este sentido se puede citar la sentencia *United States v. Miller* 771 F.2 d 1219, 1239 (9th Cir 1985).

De las sentencias citadas se puede deducir que el proceso penal empezará en los dos casos siguientes:

- 1) Cuando la conducta tiene como efecto restringir o eliminar a la competencia y es realizada con el conocimiento de sus más probables consecuencias.
- 2) Cuando la conducta está realizada con el objetivo consciente de restringir o eliminar a la competencia.

Si existe violación "per se" de la Sección 1 de la Sherman Act, debe ser demostrado que el acusado ha participado conscientemente en la conspiración; la División no ha de probar que existe desequilibrio en la competencia causado por las actuaciones del acusado - *United States v Hayter Oil. Co*, 51 F 3 d 1265, 1273 (6th Cir. 1995): algunas actividades están declaradas ilegales sin investigar su efecto sobre la competencia. El efecto anticompetitivo no entra en el alcance de la investigación, porque esta investigación "puede abrir una discusión sobre la razonabilidad que se evita por medio de la regla "per se" "³⁷ - *United States v. Brown*, 936 F. 2d 1042, 1046 (9th Cir 1991). En la sentencia *United States v. Cooperative Theatres*, 845 F 2d 1367, 1373 el 6^{to} circuito (1988) ha argumentado que cuando se investiga una violación "per se" de la Sec. 1 de la Sherman Act, sólo es necesario probar:

- 1) la existencia del acuerdo alegado,
- 2) que los acusados han entrado en la conspiración conscientemente.

New Jersey v. United States, 221 U.S. 58(1911), donde según el Juez White existen dos variantes: las partes han llegado al acuerdo con el objetivo legítimo de perseguir su propio interés, desarrollando el mercado/ las partes han llegado a un acuerdo con el intento de hacer daño a otras personas; Sobre este tema ver asimismo Dirlam&Kahn "Fair Competition", op.cit., pp.49- 54, que proponen otra perspectiva para analizar el problema y Areeda&Kaplow "Antitrust Analysis...",op.cit., p.67.

³⁷ "Would reopen the very questions of reasonableness which the "per se" rule is designed to avoid".

De lo anteriormente expuesto se puede resumir que la División inicia un procedimiento criminal sólo cuando existe una prueba irrefutable de infracción de la Sherman Act. Así el proceso penal se inicia cuando³⁸:

- el denunciado ha actuado con intento de restringir el comercio o monopolizar.
- el denunciado ha tenido conocimiento que la conducta ha sido condenada en otros casos .
- se trata de una infracción grave (por ej. fijación de precios y en general las violaciones “per se”).
- en caso de reincidencias.

Es difícil realizar una investigación criminal en los cuatro casos siguientes³⁹:

- 1) Cuando la norma no está clara o determinada.
- 2) Cuando existen nuevas cuestiones de hecho y derecho.
- 3) Cuando existe confusión causada por una anterior acción de la División o de la Federal Trade Commission.
- 4) Cuando existen pruebas incuestionables de que los acusados no han podido valorar las consecuencias de sus acciones.

Una vez examinados los requisitos para iniciar el proceso penal, se puede deducir, que la decisión de iniciar un proceso civil se puede basar en las siguientes razones⁴⁰:

- cuando el asunto no contenga indicios criminales,
- cuando, aún existiendo alguno de los requisitos de conducta criminal, por las extensas garantías que protegen al acusado (por ej. la Primera Enmienda de la Constitución de los EEUU), el Jurado no puede ser convencido “fuera de toda duda razonable”,
- cuando la conducta es denunciada por primera vez como restrictiva a la competencia

³⁸ Hylton, K. “Antitrust law...”, op. cit, p.54; Areeda&Kaplrow “Antitrust Analisis...”, op.cit., p.139.

³⁹ Angland, J. “Antitrust...”, op. cit. p.681.

⁴⁰ Neale, A. D.,” The Antitrust...” op. cit. pp.377- 380, Villegas Cayón, J. “Monopolio y competencia”, op. cit., p.162 ;es interesante asimismo la reflexión sobre el tema de Hylton, K. “Antitrust Law...”, op. cit. pp.54-56 y de Sims, J. “Criminal and Civil Antitrust Litigation: a Prosecutor Perspective”, 57 Antitrust L.J.223(1988).

- cuando la División considere que las sanciones penales no serán suficientes para impedir otras infracciones en el futuro.

La elección de la vía civil o penal determina la elección del método de investigación, que debe ser seguido por la División. Como se verá más adelante, desde la perspectiva de la salvaguardia de los derechos del acusado, las investigaciones pueden ser complejas y exigen tiempo para determinar el alcance de la acusación.

1.2. Investigaciones civiles.

a) Las Demandas de Investigación Civil (Civil Investigative Demands) - CID's.

Las CID's son un elemento básico de las investigaciones de la División⁴¹ - la Antitrust Civil Process Act, 15 USC § 1311 - 1314 (1994) autoriza la edición (issuance) de las CID's en relación con las infracciones de las leyes "antitrust"⁴², cuando se decide seguir la vía civil y en caso de que las partes no cooperan voluntariamente.

Este instrumento se ha establecido para ahorrar costes, tiempo y esfuerzos de la División y los juzgados cuando existen varios indicios de infracciones y no se necesita una amplia y profunda investigación. Así, la CID es un instrumento flexible, que hace más efectiva la aplicación de las leyes antitrust⁴³, estableciendo de una manera definida el límite entre el proceso civil y penal antitrust⁴⁴. Además, hay que tener en cuenta, que en las investigaciones antitrust muchas veces es necesario revisar grandes cantidades de documentos, y esta es una tarea que más se ajusta a las funciones de la División, que dispone de personal técnico con experiencia.

Por medio de la CID se exige información por escrito de la persona en la que el Attorney General o el Assistant Attorney General tiene "razón justificada" (reason to believe) para creer que posee documentación o material relevantes para la

⁴¹ Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines; Clark, J. "Civil Non-Merger Investigation and Enforcement Procedures at the Antitrust Division", 54 Antitrust L.J. 195 (1985); Perry, R. y Simon, W. "Civil Investigative Demand - New Factfinding Powers for the Antitrust Division", 58 Mich. L. Rev. 855 (1956- 1960).

⁴² Areeda & Kaplow "Antitrust Analysis...", op.cit., p. 105; Siegel, D. "The Antitrust Civil Process Act: the Attorney General's Pre-action Key to Company Files", 10 Vill. L. Rev. 413 (1965); se considera que un acto-clave para la adopción de dicha medida es el "Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws", 345 (1955).

⁴³ En este sentido Howe, W. Jr. "Recent Antitrust Developments: Civil Investigative Demand - Needed Weapon or Undue Power for Prosecuting Agencies", 37 Wash. L. Rev. 278 (1962); Decker, R. "The Civil Investigative Demand", 21 ABA Antitrust Section 373 (1962); Perry, R. y Simon, W. "Civil Investigative Demand: New Fact-Finding Powers for the Antitrust Division", 58 Mich. L. Rev. 855 (1959- 1960).

investigación civil: la CID debe especificar la conducta⁴⁵, que constituye o puede constituir infracción de la ley, en la mayoría de los casos, en términos generales (por.ej. “fijación de precios”).

La CID también puede ser empleada para la investigación de violaciones de las órdenes definitivas, los decretos y sentencias en los casos "antitrust" - 15USC § 1311/6.

Las CID's pueden requerir presentación de documentos o incluso respuestas de preguntas concretas por escrito o testimonios verbales⁴⁶. Este requerimiento se puede dirigir al acusado o a terceras personas⁴⁷. Es importante apuntar, que los receptores de una CID están protegidos por las garantías de la Freedom of Information Act, 15 U.S.C. 1314(g)(1994).

Después de recibir la CID el acusado tiene cuatro opciones:

- cumplir la CID,
- iniciar trámites para cancelar o modificar la CID⁴⁸,
- negociar con la División para reducir el alcance de la CID,
- no cumplir la demanda: las CID's no tienen fuerza ejecutiva así que en este caso la División puede obtener una orden del Juzgado de Distrito donde reside el acusado o donde tiene su negocio - 15 USC § 1314(a) (1994).

b) Investigación de las fusiones⁴⁹.

La única diferencia con el supuesto anterior es que por la existencia de las notificaciones en este caso los plazos de la investigación son más cortos. La División frecuentemente utiliza las CID's para obtener información de terceras personas, además de dirigirlas a las partes de la transacción.

Conviene destacar, que por medio de estos poderes de investigación (las CID's), la División intenta reducir los problemas de los tribunales, simplificando los asuntos y

⁴⁴ Bell, B. "Uncovering Violations of Antitrust Laws: from Grand Jury Subpoena to Civil Investigative Demand", 24 Geo.Wash.L.Rev.34(1955- 1956).

⁴⁵ Ver Material Handling Inst.v.MacLaren, 426 F.2d 90(3d Cir.), cert. denied, 400 U.S.826(1970).

⁴⁶ Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines .

⁴⁷ Clark, J. "Civil Non-Merger Investigation and Enforcement Procedures at the Antitrust Division", 54 Antitrust L.J.195(1985);Perry, R. y Simon, W. "Civil Investigative Demand: New Fact- Finding Powers for the Antitrust Division", 58 Mich.L.Rev.855(1959- 1960).

⁴⁸ La CID se puede atacar en el juzgado de distrito, en que reside la persona o lleve su negocio.

⁴⁹ Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines .

ahorrando recursos. La CID es un remedio coercitivo con efecto sobre las partes, cuando se niegan a colaborar voluntariamente con la División y este remedio se utiliza en todas las investigaciones civiles.

Sanciones.

El año 1962 fue promulgada la Ley del Proceso Civil Antitrust (la Antitrust Civil Process Act) donde se encuentran las normas que regulan este proceso. Creo conveniente señalar algunas de las sanciones, previstas en esta Ley (Sec.6):

Se sancionan con multas de 5000 dólares o prisión de hasta 5 años o con ambas penas las personas que “maliciosamente, o por amenaza o fuerza, o por medio de carta o comunicación amenazadora, intente influir, intimidar, o impedir a cualquier testigo, en cualquier proceso pendiente ante un departamento o Agencia de los EEUU, o en conexión con cualquier averiguación o investigación realizada por cualquiera de las Cámaras, o un Comité de cualquiera de ellas, o cualquier Comité conjunto del Congreso”. Las mismas penas se aplican al que perjudique en su persona o bienes alguna parte o testigo y al que oculte, mutile, destruya o falsifique algún documento relacionado con dicha demanda de investigación civil.⁵⁰

Las dos disposiciones anteriormente citadas refuerzan las investigaciones y son un intento de prevenir las posibilidades de obstrucción y corrupción de las autoridades (antitrust en nuestro caso).

1.3. Investigaciones criminales.

En la doctrina se ha afirmado, que los métodos de investigación criminal antitrust son principalmente de dos clases⁵¹: las así llamadas investigaciones previas (preliminary investigations) y las investigaciones ante el Gran Jurado.

Como la mayoría de las investigaciones criminales enmarcan supuestos o violaciones “per se” de la Sherman Act, el método más usado son las investigaciones ante el Gran Jurado⁵² - Grand Jury (Grand Jury Investigations) que se rigen por las normas de los Federal Rules of Criminal Procedure.

⁵⁰ Traducción de Villegas Cayón, J. “Monopolio y competencia”, op. cit. pp.162-164.

⁵¹ Backstrom, J. Jr. “Criminal Investigations at the Antitrust Division”, 54 Antitrust L.J. 201(1985).

⁵² Neale, A. D. “The Antitrust...”, op. cit., p. 376-377; Areeda & Kaplow “Antitrust Analysis...”, op. cit., p.105; Seplaki, L. “Antitrust...”, op. cit., p.27; Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines; “Antitrust Grand Jury Practice Manual”, disponible en

El Gran Jurado es una institución procesal histórica en los Tribunales de los EEUU, compuesta por 16- 23 miembros, tomándose las decisiones(procesales) por mayoría .El Gran Jurado se utiliza en casos de delitos de elevada gravedad y por esta razón en los asuntos antitrust se instituye únicamente después de que el AAG recomiende al Attorney General este procedimiento⁵³.Se considera que el Gran Jurado tiene una doble función: de determinar si existe “probable cause” para creer que se ha cometido delito, y, al mismo tiempo, proteger los ciudadanos de persecuciones criminales no fundadas⁵⁴.

Se procede a la institución del Gran Jurado en los dos casos siguientes⁵⁵:

- cuando para la División no ha sido posible obtener pruebas suficientes para la acusación,
- cuando, aunque se han obtenido pruebas suficientes para empezar la persecución todavía existen dudas razonables.

En la doctrina se ha afirmado que el Gran Jurado tiene atribuidos dos tipos de poderes- inquisitivos y acusativos.Los poderes inquisitivos tienen un amplio alcance- Hale v. Henkel, 201U.S.43(1906)⁵⁶ y los poderes de acusación se relacionan sobre todo con el caso, cuando ante el Gran Jurado se produce una prueba “prima facie”:en este supuesto el Gran Jurado (no la División) tiene la obligación de someter al acusado a los poderes del Tribunal.

Además de este instrumento existen otras medidas para obtener información como entrevistar testigos por agentes de FBI⁵⁷, revisar los medios electrónicos de comunicación, exigir órdenes de búsqueda (inspecciones) – search warrants, mantener contactos en la investigación con otras agencias⁵⁸ como Department of Defense, Department of Transportation, etc...

www.usdoj.gov/atr/public/guidelines ; Lewin, J. “The Conduct of Grand Jury Proceedings in Antitrust Cases”, 7 Law&Cont.Probs.136(1940).

⁵³ Bell, B. “Uncovering Violations of the Antitrust Laws: from Grand Jury Subpoena to Civil Investigative Demand”, 24 Geo.Wash.L.Rev.34(1955- 1956); Hodges “The Work of the Complaint’s Section of Antitrust Division”, 7L.&Contemp. Probs.90(1940).

⁵⁴ En este sentido Branzburg v. Hayes, 408, U.S.665, 686(1972); U.S. v. Calandra, 414 U.S.413(1974).

⁵⁵ Pala, N. “Grand Jury Disclosure in Antitrust Litigation”, 32 Cat.U.L.Rev.437(1982- 1983) y Lewin, J. “The Conduct of Grand Jury Proceedings in Antitrust Cases”, 7 Law&Cont.Probs.136(1940).

⁵⁶ Ver “Antitrust Grand Jury Practice Manual”, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines .

⁵⁷ Neale, A. D. “The Antitrust...”, op.cit.,p. 46.

⁵⁸ Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines .

a. Citaciones en el Gran Jurado - Grand Jury Subpoenas⁵⁹.

Las subpoenas se pueden firmar (issued) exclusivamente para obtener documentos u otras pruebas, pero a veces la División puede exigir respuestas por escrito a cuestiones concretas o testimonios verbales. La persona citada no puede ser acompañada por su abogado en el momento de prestar testimonio. El Tribunal Supremo de los EE.UU. ha considerado abuso de derecho la utilización del Gran Jurado para investigaciones relativas a infracciones que deben seguir la vía civil.⁶⁰

La subpoena no puede ser “irrazonable o opresiva”- Rule 17(c) de los Federal Rules of Criminal Procedure⁶¹. Se considera que la subpoena tiene un alcance muy amplio (más amplio en los casos antitrust que en otros asuntos) y su límite son la Cuarta Enmienda⁶² y la Quinta Enmienda⁶³ de la Constitución de los EE.UU.

En virtud del Federal Rule of Criminal Procedure 17 (e) (1), las Grand Jury Subpoenas se pueden firmar (issued) en cualquier parte de los EE.UU. y también contra los nacionales de los EE.UU., residentes en el extranjero.

b. Search Warrants⁶⁴ (expedición de documentos oficiales que permiten a la policía hacer inspecciones o registros en edificios e instalaciones - Federal Rule of Criminal Procedure 41).

A veces la División utiliza los “search warrants” antes o después de la emisión de la Grand Jury Subpoena con el propósito de obtener documentos de las empresas.

Dichos actos se aprueban sólo cuando existen pruebas demostradas por un juez federal de que es probable que en dicha propiedad se puedan encontrar pruebas de delito.

La investigación por parte de la División termina con la emisión de una carta administrativa - “target letter” contra cualquier individuo o empresa que está acusado de conducta ilegal. Dicha carta avisa al acusado que contra él se ha llevado a cabo un

⁵⁹ Ver Handbook on Antitrust Grand Jury Investigations, ed. ABA Section on Antitrust Law, 2d ed., 1988.

⁶⁰ Ver la sentencia U.S. v. Procter & Gamble Co., 356 U.S. 77 (1958); Decker, R. “The Civil Investigative Demand”, 21 ABA Antitrust Sec. 373 (1962); Villegas Cayón, J. “Monopolio y competencia”, op. cit., p. 160.

⁶¹ Ver la sentencia Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906).

⁶² Bell, B. “Uncovering Violations of Antitrust Laws: from Grand Jury Subpoena to Civil Investigative Demand”, 24 Geo. wash. L. Rev. 34 (1955- 1956).

⁶³ Kastigar v. U.S., 406, U.S. 441 (1972); En relación con el límite de la Quinta Enmienda ver el artículo de Withrow, J., Jr. “Antitrust Investigations and the Grand Jury: The Implications of the New Immunity Provisions of the Organized Crime Control Act”, 28 Business L. 887 (1972- 1973).

⁶⁴ Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines; Angland, J. “Antitrust...”, op. cit., p. 673.

procedimiento de investigación ante el Grand Jury. De este modo el individuo o la empresa están informados de que pueden ser testigos ante el Grand Jury y de que pueden ponerse en contacto con la División. La misma carta informa al acusado sobre su derecho de no autoincriminación según la Quinta Enmienda de la Constitución de los EE.UU.⁶⁵

1.4. Exculpabilidad(Leniency).

La División puede exculpar a algunas personas físicas o jurídicas en caso de que ofrezcan su cooperación sustancial en las investigaciones⁶⁶. Dichas medidas han sido establecidas por la División el año 1978 y fueron ampliadas sucesivamente. ¿Cuál es la razón de proceder a estas medidas?

Muchas veces los acuerdos ilícitos entre empresas son difíciles de detectar⁶⁷. Este problema se presenta sobre todo en casos donde el perjuicio causado al proceso de competencia es significativo y como primera amenaza en este aspecto se consideran los cárteles⁶⁸. Dicho programa de exculpabilidad permite a la empresa participante en cártel exculparse automáticamente en caso de que informe la División sobre la infracción, antes del inicio de la investigación y solamente en caso de que entre en el marco, establecido por los requisitos básicos, establecidos en el programa.

Aunque el objetivo de las autoridades antitrust es prevenir las infracciones, por medio de acciones en varios ámbitos, esta política de exculpabilidad consigue dicho objetivo de una manera más eficaz, porque los participantes en un acuerdo de cártel se exponen al riesgo de ser “traicionados” por sus propios colaboradores en el acuerdo de

⁶⁵ Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines; Sobre el privilegio de la Quinta Enmienda en el derecho antitrust norteamericano ver Holmes, W. “Antitrust Law Handbook”, op.cit., pp.697- 698 y las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Brown v. U.S., 356 U.S.148(1958) y Smith v.U.S., 337 U.S.137(1949).

⁶⁶ Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., pp.681- 683; Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines.

⁶⁷ Vease Spratling, G. “Detection and Deterrence: Rewording Informants for Reporting Violations”, 69 Geo.Wash.L. Rev.798(2001); Medinger, J. “Antitrust Leniency Programs: a Call for Increased Harmonization as Proliferating Programs Undermine Deterrence”, 52 Emory L.J.439(2003).

⁶⁸ Klein, J. “The War Against International Cartels: Lessons from the Battlefield”, Griffin, G. “A Modern Leniency Program After Ten Years”, Hammond, D. “Cornerstones of an Effective Leniency program”, disponibles en www.usdoj.gov/atr/speeches.

cártel, que disponen de pruebas inculpatorias. Esto genera tensión y desconfianza entre los participantes en dichos acuerdos⁶⁹.

En dicho programa de exculpabilidad se han establecido unos requisitos básicos para que se consigan los efectos de la misma porque los infractores no cooperarán voluntariamente si no estén seguros en el resultado final que debe ser positivo para ellos. Por esto el programa ofrece unas alternativas predecibles y favorables a la posibilidad de ser condenado por un delito antitrust y los criterios a que tienen que responder los informadores tienen que ser claros⁷⁰. A continuación ofreceré estos criterios, que son una de las bases de la política de persecución en los casos criminales de antitrust en los EE.UU.

1.4.1. Exculpabilidad individual⁷¹.

La División no inicia investigación criminal en tres casos:

- 1) Si en el momento en que la persona se pone en contacto con la División, esta autoridad no ha recibido aún información sobre la actitud ilegal,
- 2) La persona reconoce su conducta ilegal y ofrece su cooperación para la investigación,
- 3) La persona no ha convencido a la otra parte de participar en una conducta ilegal y no es el líder o el iniciante de la actitud ilegal.

1.4.2. Exculpabilidad corporativa⁷².

En algunos casos de investigaciones contra empresas que han cooperado en las investigaciones criminales no se inicia ningún procedimiento. La clave de la U.S. Leniency Policy es que la exculpabilidad automática es posible solo para el primero de los conspiradores que informe a la División de los hechos relacionados con el delito. Los creadores de este programa han establecido dos maneras de exculpabilidad para las empresas.

⁶⁹ Hammond, D. "When Calculating the Costs and Benefits of Applying for Corporate Amnesty: How do You put the Price Tag on an Individual Freedom?", Address at the 15th Annual National Institute on White Collar Crime 2(08.03.2001), disponible en www.usdoj.gov/atr/public/speeches.

⁷⁰ Baker, D. "The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid- Rigging", 69 Geo. Wash. L. Rev. 693(2001).

⁷¹ Antitrust División, U.S. Department of Justice, Individual Leniency Policy, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines.

⁷² Antitrust División, U.S. Department of Justice, Corporate Leniency Policy, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines.

A. La primera opción es cuándo el miembro del cártel quede exculpado automáticamente de las consecuencias, previstas en la ley para este tipo de conductas, si responde a los siguientes criterios:

1. Si en el momento en que la empresa ofrezca su cooperación la División todavía no ha obtenido información de otro medio respecto a la conducta ilegal.
2. Una vez descubierta su actitud ilegal, la corporación toma medidas inmediatas y efectivas para poner fin a su actitud ilegal.
3. La empresa informa sobre la conducta detalladamente y ofrece una cooperación plena, continua y completa(“full, continuing and complete” cooperation) a la División durante el proceso de investigación.
4. El reconocimiento de la infracción es acto de la corporación y no resulta de confesiones esporádicas de algunos empleados.
5. En los casos en los que sea posible la empresa ofrece restitución a los sujetos que han sufrido daño de la infracción.
6. La empresa no ha sido el líder o el iniciante de la conducta, ni ha empleado medidas coercitivas sobre otros con propósito de que participen en la conducta ilegal.

B. Alternativamente y después del inicio del procedimiento de investigación las empresas se pueden exculpar, cumpliendo los requisitos 2)- 5) y tres criterios más:

1. La empresa debe ser la primera que empieza a cooperar con la División respecto a la conducta ilegal.
2. Hasta el momento en que la empresa ofrezca su cooperación (comes forward), la División no ha obtenido pruebas en contra de la empresa para llegar a una conclusión sustancial, que sea inculpatória.
3. La División debe determinar que la exculpabilidad no será injusta respecto a otras terceras personas, considerando:
 - la naturaleza de la actitud ilegal
 - la participación de la empresa en esta actitud
 - el momento, en que la empresa empieza a informar la División

El tercer criterio se basa en afirmaciones subjetivas de la autoridad, que opera con una mayor discrecionalidad en comparación con la aplicación de los demás criterios. A pesar de esto, varias empresas se incentivan a cooperar por los beneficios que les puede aportar esta cooperación:

a.El primer beneficio es la exculpabilidad automática⁷³: la empresa no será condenada a multas(hay que tener en cuenta la tendencia actual de incremento de las cantidades de las multas)⁷⁴ y los directores y empleados⁷⁵ se van a exculpar de encarcelamiento, que es una de las sanciones más graves en el derecho antitrust norteamericano.

b.La División garantiza la no revelación de la información obtenida a autoridades extranjeras, exepcto cuando la empresa está de acuerdo con esta publicidad.Se trata de un beneficio significativo a la luz de la internacionalización de los cárteles y la respectiva internacionalización del derecho antitrust.

Estos beneficios se consideran por las empresa desde la perspectiva de los riesgos, a que se expone la misma, porque:

- se ofrece exculpabilidad solamente para las sanciones criminales, pero se pueden iniciar pleitos civiles por el triple de los daños y perjuicios sufridos
- los infractores deben cooperar continuamente con la División, porque en caso contrario se exponen al riesgo de persecución.

En consecuencia se puede resumir que la empresa decide cooperar, si el riesgo de detección es muy alto y las consecuencias de la condena en caso que no ha cooperado son graves.

Se considera que este programa, aunque parece un esquema muy simple para garantizar información y detección en una gran parte de los casos, es el más efectivo en la historia para detectar delitos⁷⁶ en el comercio y es un generador efectivo de asuntos antitrust.Por esta razón este modelo ha sido aceptado por la autoridad de competencia de la UE- la Comisión y por autoridades de competencia de varios países.Se puede afirmar que las medidas para la cooperación voluntaria pueden ser una vía muy eficaz para ahorro de gastos y esfuerzos durante las investigaciones. Hay que

⁷³ Hammond, D. "When Calculating the Costs and Benefits of Applying for Corporate Amnesty: How do You put the Price Tag on an Individual Freedom?", Address at the 15th Annual National Institute on White Collar Crime 2(08.03.2001), disponible en www.usdoj.gov/atr/public/speeches .

⁷⁴Griffin, J. "A Modern Leniency Program After Ten Years", Hammond, D. "Cornerstones of an Effective Leniency program", disponibles en www.usdoj.gov/atr/speeches ;Spratling, G. "Detection and Deterrence: Rewording Informants for Reporting Violations", 69 Geo.Wash.L. Rev.798(2001); Medinger, J. "Antitrust leniency Programs: a Call for Encreased Harmonization as Proliferating Programs Undermine Deterrence", 52 Emory L.J.439(2003).

⁷⁵ Spratling, G. "The Corporate Leniency Policy: Answers to Recurring Cuestions", disponible en www.usdoj.gov/atr/public/speeches y Baker, D. "The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid- Rigging", 69Geo.Wash.L.Rev. 693(2001).

⁷⁶ Según Griffin, J., en el período 2002- 2003 cada mes se ha informado para 3 infracciones como mínimo: Griffin, J. "A Modern Leniency Program After Ten Years", disponible en www.usdoj.gov/atr/speeches .

aprender de esta experiencia, porque el objetivo prioritario de las medidas antitrust no debe ser sancionar, sino promover la competencia.

2. EL PROCESO JUDICIAL (LITIGATION).

Después de realizar las investigaciones necesarias, la División tiene varias posibilidades:

- en primer lugar, puede iniciar un proceso en los tribunales competentes, vía civil o criminal,
- puede proceder a negociaciones y a expedición de un decreto de consentimiento, que es un caso muy frecuente, pero solo en los casos de que se trata de una infracción y no de un delito,
- puede tomar la decisión de “not to prosecute”.

A continuación expondré cada uno de los tres supuestos, enfatizando en los poderes de llevar negociaciones y al último supuesto(not to prosecute), porque la condena es , como se verá más adelante, exclusivamente en los poderes de los juzgados y la División no participa en esta última fase del procedimiento antitrust.

2.1. Jurisdicción.

Competentes para resolver los asuntos "antitrust" son los Juzgados Federales del Distrito, donde reside el acusado o donde tiene su negocio⁷⁷.

2.2. El proceso civil- civil litigation.

La Sec. 4 de la Sherman Act – 15 U.S.C. § 4 y la Sec.15 de la Clayton Act- 15 U.S.C. § 25 conceden la jurisdicción a los juzgados federales para prevenir y restringir las violaciones de las leyes y guiar al ejecutivo para instituir procedimientos con el objetivo de prevenir y reducir tales infracciones.Según la sentencia Northern Sec.Co.v.United States,193 US 197, 344(1904), los juzgados federales están autorizados a dictar tales órdenes o decretos(orders o decrees) que son "necesarias o adecuadas" para la consecución de los objetivos de las leyes antitrust.En la doctrina se

⁷⁷ Ver Areeda&Kaplow “Antitrust Analisis...”, op.cit., p.105; Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., p.687; “Antitrust Division Manual”, 3ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines .

considera que el intento original del Congreso ha sido conferir a un órgano ejecutivo en cooperación con los juzgados la aplicación y promoción de la política antitrust⁷⁸.

Los tribunales no sólo están autorizados a prohibir la repetición en infracciones anteriores(reincidencias) sino pueden a su vez exigir restitución de las condiciones de competencia existentes con anterioridad - Ford Motor Co v. United States, 405 U.S. 562(1972).

Durante el juicio la División puede adquirir información complementaria a la obtenida en la fase de la investigación, utilizando los mismos métodos, pudiéndose requerir documentos, así como exigir respuestas a preguntas concretas y depositar archivos.

La División puede obtener(a través de los tribunales): 1) preliminary injunctive relief - 15 USC § 4; United States v. Paramount Pictures, 334 U.S. 131, 171(1948)⁷⁹, 2) desintegración - United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co. 366 U.S. 316, 329 - 31(1961) en que se insiste en que la desintegración es el remedio más importante entre las medidas antitrust, Ford Motor Co. v. United States, 405 U.S. 562(1972)), 3) rescisión -Community Publishers, 892 F. Supp. At 1175; 4) confiscación (expropiación) - United States v. Certain Property Owned by Salomon Bros, 1992-2 Trade Cas. (CCH), 69, 953 (S.D.N.Y. 1992)⁸⁰.

Los procedimientos civiles ante los tribunales permiten tomar unas medidas rápidas y efectivas contra el acusado: se trata de una variedad de remedios, que pueden ser complementarios uno a otro, que no se consideran medidas sancionadoras, sino prohibitivas y cuyo objetivo debe ser restablecer la competencia⁸¹.La División puede recomendar el remedio, pero la decisión final es adoptada por el Tribunal, autorizando, en la mayoría de los casos, a la División para que vigile el cumplimiento del acto del

⁷⁸ Ver Weaver, S. "Decision to Prosecure", op.cit., p.6.

⁷⁹ Esta sentencia determina, que las funciones del tribunal incluyen eliminar lo que la conspiración ha conseguido(the court's function "includes undoing what the conspiracy achieved").

⁸⁰ Ver Angland, J "Antitrust...", op. cit. pp. 686-688; Areeda & Kaplow "Antitrust Analisis...", op.cit., p.70 apuntan que los juzgados cuentan con una amplia discrecionalidad para elegir el remedio conveniente para cada caso y los remedios habituales son: la división de la empresa, crear competencia a través de otra compañía, ceder patentes, marcas o secretos de negocios a los competidores, ofrecer a venta pública bienes de la empresa, cancelar, reducir el plazo o modificar acuerdos de la empresa; En este sentido se puede ver asimismo Pfunder, M. Plaine, D. y Whitmore, A. "Compliance with Divestiture Orders Under Sec.7 of the Clayton Act: an Analisis of the Relief Obtaines", 17 Antitrust Bulletin19(1972).

⁸¹ Como en el asunto Comm. Publishers v. Donrey Corp., 892 F.Supp. 1146, 1175(W.D.Ark. 1995).

tribunal⁸². De este modo se establece una cooperación y balance entre el el órgano ejecutivo y el tribunal para la resolución efectiva y la vigilancia en casos de conductas que no presenten características de delitos.

2.3.Las negociaciones(settlements) y los consent decrees.

Más del 60% de las acciones civiles llevadas a cabo por la División terminan con acuerdo voluntario⁸³ entre las partes y la División que permiten a la División realizar sus tareas de manera más efectiva, con economía procesal y que las partes eviten los gastos, los inconvenientes, las consecuencias negativas para su prestigio y los riesgos de llevar un juicio⁸⁴. Se considera, además, que el consent decree protege el acusado de una posible acción de las autoridades antitrust, basada en los mismos hechos⁸⁵. Pero lo más atractivo para el denunciado en conformarse con esta vía es que de este modo se evitan los pleitos por reclamación del triple de los daños y perjuicios (treble damages), reclamables por los afectados de acuerdo con la Clayton Act. De este modo algunos de los asuntos más importantes, llevados por la División en los últimos años, terminan de esta manera⁸⁶.

Es importante destacar que en estos casos el resultado de las negociaciones puede ser más grave para la empresa que el resultado de la misma resolución del juzgado⁸⁷, pero por las razones citadas la parte denunciada se compromete a negociar. La decisión negociada- el consent decree propuesto por la División, debe ser sometida

⁸² Ver U.S.v.Baush and Lomb Opt. Co., 321 U.S.707, 725, 727(1944).

⁸³ En general sobre este tema ver Shenefield&Stelzer "The Antitrust Law: a Primer", op.cit., p.28; Areeda& Kaplow consideran que más de 75% de las acciones de la División terminan de esta manera, pp.72- 72 y según Posner, R. "Antitrust Law: an Economic Perspective", op.cit., p.25, la mayoría de los asuntos, llevados por la División llevan a consent decrees; en este sentido asimismo Weaver, S. "Decision to Prosecute", op.cit., pp.4- 5; ver asimismo el artículo de Clark, J. "Civil Non- Merger Investigation and Enforcement Procedures at the Antitrust Division", 54 Antitrust L.J.195(1985);Note, "Flexibility and Finality of Antitrust Consent Decrees", 80Harv. L. Rev.1303(1966-1967).

⁸⁴ Sobre estas consecuencias positivas y la historia de los consent decrees ver McDavid, J., Sankbei, W., Schmidt, E., Brett, B. "Antitrust Consent Decrees: Ten Years of Experience Under the Tunney Act", 52 Antitrust L.J.883(1983); Litvack, S. "Consent Decrees in Government Civil Antitrust Action", 9 N.Y.L.F.181(1963); "Flexibility and Finality of Antitrust Consent Decrees", 80Harv. L. Rev.1303(1966-1967);

⁸⁵ Dabney, S. "Antitrust Consent Decrees: How Protective an Umbrella", 68 Yale L.J.1391(1958- 1959).

⁸⁶ Por ej. U.S. v. AMR. Corp., 140E. Supp.2d 1141(2001); U.S.v. Microsoft Corp., 231 F. Supp.2d(2002).

⁸⁷ Neale, A. D. "The Antitrust...",op. cit. p., 381

a la aprobación del tribunal⁸⁸ y es revisable por los juzgados en caso de cambio de las circunstancias⁸⁹.

La práctica de la División consiste en firmar la denuncia y proponer las negociaciones simultáneamente. Pero según la práctica, se puede proceder a negociaciones en cualquier fase del procedimiento, después de la imposición de la denuncia⁹⁰. Este aspecto procesal es importante, porque en cualquier momento la empresa tiene el derecho de proponer compromisos, dependiendo de las circunstancias: de este modo, la División actúa de una manera eficaz para conseguir el principal de sus objetivos- favorecer la competencia: el propósito de las autoridades antitrust no debe ser sancionar en todos los casos, cuando haya infracción, sino restablecer las funciones competitivas del mercado.

Los funcionarios representan a la División en las fases iniciales de las negociaciones, pero siempre bajo la supervisión de la sección correspondiente junto con Task Force o el Field Office Chief, la Oficina de Operaciones y el DAAG. Antes de llegar a un consentimiento las negociaciones deben de ser aprobadas por el Assistant Attorney General.

Los propuestos "decrees" han de ser sometidos a la aprobación del juzgado donde se ha presentado la denuncia⁹¹, según el - 15 USC § 16 (b) - (h) (1994). Después de esta aprobación del Tribunal, el decree debe ser publicado⁹², porque no se pueden ignorar los intereses de terceros interesados.

En resumen se puede decir, que las decisiones negociadas favorecen tanto a las partes, como al Estado, ahorrando costes y tiempo de llevar un proceso largo y ofreciendo la posibilidad del acusado de elegir entre varias alternativas. De este modo, evitando la confrontación, se llega a soluciones, que pueden ser muy útiles para las partes, para casos futuros y para favorecer el proceso de competencia.

⁸⁸ Sobre la deferencia de los juzgados respecto a los proyectos de consent decrees, propuestos por la División, vease Anderson, L. "U.S. v. Microsoft, Antitrust Consent Decrees and the Need for a Proper Scope of Judicial Review", 65 Antitrust L.J.1(1996- 1997).

⁸⁹ Sobre la modificación de los consent decrees ver Note "Modification of Antitrust Consent Decrees", 31 Ind.L.J.357(1955- 1956) y el artículo con el mismo nombre de Anderson, J. en 84 Mich. L.Rev.134(1985-1986).

⁹⁰ Cascade Natural Gas Corp. v. El Paso Natural Gas Corp., 386 U.S.129(1967).

⁹¹ Ver Areeda & Kaplow "Antitrust Analysis...", op.cit., p.76; Angland, J. "Antitrust...", op.cit., p.690.

⁹² En la publicación debe constar:

- todos los hechos, en que se basa el consentimiento
- explicación de la necesidad de adoptar este decreto y sus posibles efectos sobre la competencia
- los remedios civiles adecuados, que se han negociado
- descripción del procedimiento para su adopción y las posibilidades de su modificación

Cada Sección de la División en relación con sus funciones es responsable de la ejecución de los actos de la División. La violación de la sentencia del juzgado federal, independientemente de si se tratara de un litigio o de consentimiento lleva a la imposición de multas coercitivas - *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F 2d 656 (2d Cir. 1989).

2.4. El proceso penal (Criminal Litigation).

Como ya se ha apuntado, el proceso criminal es llevado por los juzgados federales y las funciones de la División en este proceso(aparte de las facultades del Attorney General), se limitan a algunos preparativos para el proceso y a la obtención de información complementaria, que se debe presentar al Tribunal. Por esta razón voy a esbozar únicamente las notas más importantes en relación con la posición del acusado, la condena y los efectos de la condena.

2.4.1. Los preparativos para el proceso penal.

Los preparativos consisten en la detención de los acusados de acuerdo con la Rule 4 of the Federal Rules of Criminal Procedure. Alternativamente los Divisions Attorneys pueden solicitar del juzgado citaciones - Rule 4 (a) of the Federal Rules of Criminal Procedure. La práctica puede variar dependiendo del reglamento local del distrito, del juez que lleva el caso o de las circunstancias particulares del caso.

2.4.2. Las posibilidades del acusado.

El acusado puede solicitar las siguientes resoluciones:

- no culpable
- nolo contendere - el acusado no se opone a las acusaciones, se conforma con la sentencia: la decisión del Tribunal en base a esta declaración no puede ser apelada por el interesado pero tampoco puede servir de prueba “prima facie” para presentar una reclamación de daños y perjuicios vía civil⁹³.
- puede ser declarado culpable (Rules 11(a) y 43 (a) de Federal Rules of Criminal Procedure). A diferencia del supuesto anterior si el acusado se declara culpable, la decisión del Tribunal en base a esta declaración puede ser apelada.

En los primeros dos casos el juzgado debe determinar:

- evaluación de las soluciones alternativas, consideradas por la División.

⁹³ Neale, A.D. “The Antitrust...”, op.cit., p.380.

- 1) La naturaleza de la acusación con el máximo y el mínimo de la pena.
- 2) El derecho de ser representado por un abogado.
- 3) El derecho a declararse "no culpable", de ir a un juzgado, de oponerse a las interrogaciones contra los testigos y evitar la autoincriminación.
- 4) El derecho de apelación.
- 5) Si el acusado declara hechos con la intención de falsear el proceso, el mismo es susceptible de persecución por perjurio.
- 6) La participación de la División en el proceso dependerá del caso particular. Cada acuerdo establecido en el juzgado debe ser aprobado por el Assistant Attorney General.

Asimismo existe la posibilidad de juicio rápido ("speedy trial") de acuerdo con el Speedy Trial Act (1974) - 18 USC §§3161-3174, en caso de que el acusado se haya declarado "no culpable"⁹⁴.

2.4.3. La condena.

La persona física que ha infringido la Sherman Act puede ser condenada a prisión de hasta 10 años - 15USC § 1. La Sherman Act prevé también multas de 10 000 000 \$ para personas físicas y de 100 millones de dólares para las personas jurídicas⁹⁵ por cada delito⁹⁶. Los Criminal Fine Improvements Act y el Comprehensive Crime Control Act permiten al juzgado subir dicha multa 20 veces⁹⁷. En el Anexo N 5 se pueden ver las multas impuestas por las infracciones de la Sherman Act en el período 1995- 2003.

La tendencia actual en la práctica de la División y los juzgados es imponer unas cantidades de multas elevadas y largos plazos de encarcelamiento. Robinson⁹⁸ considera que las multas y los plazos de encarcelamiento se deben incrementar, sobre todo por el coste de los delitos antitrust, que ha subido considerablemente. La respuesta del Gobierno ha sido el aumento de los recursos de la División y las nuevas técnicas de investigación y persecución, que son más sofisticadas. Se considera que el antitrust

⁹⁴ En este caso el proceso debe de comenzar 70 días después de que la acusación esté firmada por la División.

⁹⁵ Los nuevos importes de las multas se han establecido en junio 2004. Véase comentario en Hammond, S. "An Overview of Recent Developments In the Antitrust Division's Criminal Enforcement Programs", 10.01.2005, que se puede consultar en www.usdoj.gov/atr/public/speeches.

⁹⁶ Este último incremento de las multas y plazos de encarcelamiento se ha establecido por la Sec.215 del Antitrust Penalty Enhancement Act, 22 de junio, 2004.

⁹⁷ Un comentario crítico de las posibilidades de imponer multas en estos límites se puede encontrar en Hylton, K. "Antitrust Law...", op. cit., pp.49-52.

⁹⁸ Robinson, K. "Developments in Criminal Antitrust Enforcement", 60 Antitrust L.J.649(1991- 1992).

agresivo hace la tarea de la política antitrust más efectiva, se refuerzan las funciones preventiva y prohibitiva del antitrust y se sancionan los que más daño puedan causar a la competencia, evitando reincidencias. De este modo no se sancionan con multas elevadas a pequeñas o medianas empresas⁹⁹, pero hay que enfatizar sobre los elevados niveles de las multas en casos de cárteles, sobre todo en acusaciones de cárteles internacionales¹⁰⁰. Algunos autores como Posner¹⁰¹ se oponen a unas medidas, en su opinión extremas (el antitrust agresivo), como el encarcelamiento, que según él no cumple las funciones citadas de una manera eficaz. En palabras de Kerns¹⁰², los jueces se enfrentan ante varios problemas, en esta última fase del proceso y sobre todo: en primer lugar, cuáles son los objetivos, consagrados en la ley y los objetivos actuales, perseguidos por la División, y, en segundo lugar, qué resolución se va a dictar y con qué nivel de las sanciones en relación con la naturaleza de la acusación.

Con el objetivo de solucionar una gran parte de los problemas de los juzgados, sobre todo para determinar los niveles de las multas, el año 1984 la U.S. Sentencing Commission¹⁰³, que es un órgano independiente en el marco del Legislativo, elaboró las Sentencing Guidelines, que introducen más certeza y seguridad en relación con las resoluciones en casos criminales, que se van a dictar¹⁰⁴. Las Guidelines es un esquema

⁹⁹ Brown, N. y Burns, J. "Antitrust violations", 37 Am.Criminal L.Rev.163(2000); Balto, D. "Antitrust Enforcement in the Clinton Administration", 9 Cornwell J.L.&Pub.Pol'y61(1999).

¹⁰⁰ Kobayashi, B. "Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of Antitrust Laws against Corporations", 69Geo.Wash.L.Rev.715(2000- 2001); Starling, K. "Criminal Antitrust Enforcement", 59 Antitrust L.J.649(1991- 1992); Robinson, K. "Developments in Criminal Antitrust Enforcement", 60 Antitrust L.J. 649(1991- 1992); Balto, D. "Antitrust Enforcement in the Clinton Administration", 9 Cornwell J.L.&Pub.Pol'y61(1999), Griffin, J. "A Modern Leniency Program After Ten Years", Hammond, D. "Cornerstones of an Effective Leniency program", disponibles en www.usdoj.gov/atr/speeches.

¹⁰¹ Posner, R. "Optimal Sentences for White Collar Criminals", 17 Am.Criminal L.Rev.409(1980) y "Antitrust Law: an Economic Perspective", op.cit., p.38 y 224; ver asimismo Curran, A. "Antitrust Sentencing- the Defense Lawyer's View", 47Antitrust L.J. 707(1978), en contra de la visión de Posner: Coffee, R. "Corporate Crime and punishment: a Non- Chicago View of Economics of Criminal Sanctions", 17 Am.Criminal L.rev. 419(1980) y Hammond, S. "An Overview of Recent Developments In the Antitrust Division's Criminal Enforcement Programs", 10.01.2005, que se puede consultar en www.usdoj.gov/atr/public/speeches.

¹⁰² Kerns, M. "Criminal Sentencing in Antitrust Cases", 13 Loy.U.Chi.L.J.986(1981- 1982).

¹⁰³ La U.S. Sentencing Commission fue establecida con el Sentencing Reform Act, que es parte del Comprehensive Crime Control Act(1984) y sus funciones principales son: establecer guías prácticas para que los tribunales elaboren sentencias, siguiendo criterios uniformes; asesorar al Congreso y al Ejecutivo para desarrollar una efectiva política en relación con los crímenes; recopilar, analizar, estudiar y difundir datos sobre los problemas del enjuiciamiento de algunos asuntos ante el Ejecutivo, Legislativo, los juzgados y la sociedad en general- www.ussc.gov.

¹⁰⁴ Walley, J. "Priorities and Practices- the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program", 57 Antitrust L.J. 569(1988); últimamente ha habido intentos de suprimir la Sentencing Guidelines, alegando su inconstitucionalidad : consultar www.ussc.gov y Hammond, S. "The Antitrust Sentencing in the Post-Booker Era: Risks Remain High for Non- Cooperative Defendants", 03.30.2005, consultar en www.usdoj.gov/atr/public/speeches.

práctico para los jueces para resolución de casos criminales, que presenten dificultades, cumpliendo los siguientes propósitos¹⁰⁵:

- establecer unas pautas prácticas, para cumplir los propósitos de las sentencias,
- evitar disparidades entre resoluciones, basadas en unos mismos hechos, considerando las circunstancias agravantes y atenuantes,
- la Guidelines refleja el desarrollo actual del conocimiento sobre la acción humana respecto al crimen.

A continuación voy a ofrecer el marco general, establecido por la Sentencing Guidelines¹⁰⁶, con propósito de explicar los criterios, que sigue el tribunal en el proceso de la elaboración de la resolución.

2.4.3.1. Las sanciones individuales.

Como se ha señalado, las Sentencing Guidelines sirven a los juzgados federales para determinar las penas. Según la Guidelines existen 11 grados de determinación de las penas en los delitos "antitrust". Se da un nivel básico sobre el cual se calcula el nivel de la determinación.

Esto se realiza basándose en la "atribución comercial" ("commerce attribution") - United States v. Hayter Oil Co, 51 F 3d (6th Cir. 1995): el 6th circuito afirma que la "commerce attribution" del acusado en la fijación de precios incluye todas las ventas indistintamente si han sido objeto de la conspiración.

El juzgado debe subir la pena a nivel 1º si la commerce attribution excede \$400.000¹⁰⁷. Se puede llegar a un nivel 7 si el volumen del comercio excede \$100 millones - Sentencing Guidelines §2R1.1. (b) (2).

El tribunal debe considerar asimismo varios factores que pueden agravar o mitigar la situación del acusado: se trata de la participación del acusado en el delito, si ha causado obstrucción de la investigación, si ha causado delitos múltiples, si acepta la responsabilidad.

En caso de que el acusado haya organizado o controlado la conspiración el juzgado puede subir o elevar los niveles si el acusado ha abusado de sus privilegios de

¹⁰⁵ www.ussc.gov/guidelines.

¹⁰⁶ Recientemente la Guidelines se ha actualizado, entrando las nuevas enmiendas en vigor el 01.11.2005. Sobre este tema ver Cooper, H. "Amendments to U.S. Sentencing Guidelines – Antitrust Penalties Likely to Increase; Guidelines Advisory Status Unchanged", disponible en www.antitrustlawblog.com/article-104.

servicio público o ha utilizado métodos especiales para facilitar el delito; el nivel se puede incrementar con 2 niveles- Sentencing Guidelines, § 3B1.3. *United States v. Alex Janows & Co.*, F. 3d 716 (7th Cir. 1993). Si el acusado ha impedido la investigación o ha intentado obstruirla, el juzgado puede incrementar el nivel con 2 niveles - Sentencing Guidelines § 3C1.1.

Cuando el acusado acepta la responsabilidad, el juzgado puede bajar el nivel con 2 o tres niveles, Sentencing Guidelines § 3 E.1.1.

Se pueden considerar también otras circunstancias atenuantes como las actividades benéficas, los problemas familiares del acusado, etc... En relación con las circunstancias extraordinarias, los juzgados han afirmado que se puede bajar el nivel de la pena si se puede causar daño a terceras partes "inocentes" - *United States v. Milikowsky*, 65 F.3d 4(2d Cir.1995): en este caso el juzgado ha afirmado que la encarcelación del acusado podía llevar a dos empresas a la quiebra.

Cuando se trata de delitos múltiples siempre se debe investigar si corresponden a una misma conducta. El acusado debe ser condenado sólo una vez por la misma conducta, a pesar de que existen varios delitos relacionados con dicha conducta. En caso de que los diferentes actos infrinjan varias leyes(conjunto real de ilícitos), la pena se puede subir algunos niveles - Sentencing Guidelines § 3C1.1-4. Cuando el juzgado considere que el conjunto de delitos, cometidos por el acusado no están en estrecha correlación ("are not closely related"), el nivel de la pena sería el nivel que se aplicará para el delito más grave - Sentencing Guidelines § 3 D. 1.1.-4, *United States v. Bordinaro*, 777, F. Supp. 1229 (E.D.Pa 1991), 970 F. 2d 900 (3d Cir. 1992).

Se debe enfatizar en que si el acusado presta cooperación o información, el juzgado puede decidir de no aplicar las Guidelines, pero siempre con el visto bueno del Ejecutivo .

Las Guidelines favorecen la posibilidad del juzgado de condenar a prisión al acusado¹⁰⁸ - Sentencing Guidelines § 2R1.1. A pesar de esto dicha condena se puede

¹⁰⁷ Según las enmiendas, que entran en vigor el 01.11.2005, la atribución comercial será 1 millón de dólares.

¹⁰⁸ Durante los años –80 y –90 se ha incrementado el número, pero asimismo los plazos de la pena de cárcel: Patridge, A., Lombard, P., Mierhoefer, B. "Punishments for Federal Crimes", ed. Federal Judicial Center, Washington, D.C., 1986; Areeda&Kaplou "Antitrust Analysis...", op.cit., p.63 ; Hammond, S. "An Overview of Recent Developments In the Antitrust Division's Criminal Enforcement Programs", 10.01.2005, que se puede consultar en www.usdoj.gov/atr/public/speeches , Griffin, J. "A Modern Leniency Program After Ten Years", Hammond, S. "Cornerstones of an Effective Leniency program", disponibles en www.usdoj.gov/atr/public/speeches.

evitar mediante la ayuda sustancial del acusado¹⁰⁹. Los niveles 8-9 corresponden a penas de prisión de 10 - 14 meses , el nivel 10 - 6- 12 meses y el nivel 11 - 10 - 14 meses (Sentencing Guidelines 5 A). En general las Guidelines no permiten la imposición de penas condicionales - Sentencing Guidelines § 5 B 1.1.

2.4.3.2. Las sanciones corporativas¹¹⁰.

El cálculo de estas multas es más complicado. El primer paso es determinar la "multa-base" ("the base-fine"). En los asuntos antitrust la multa base es por regla general un 20% del volumen del comercio afectado. Una vez determinada la base de la multa, el mínimo y el máximo se determina por la "culpability score" de la Section 8 C 2.5 de las Sentencing Guidelines. Para todas las empresas acusadas la base de la puntuación de culpabilidad es el nivel 5. Este nivel se puede aumentar según las dimensiones de la empresa (Sentencing Guidelines § 8 C.2.5. (b) 1 - (b) 5) o si en la conspiración han participado altos directivos de la misma. Según el § 8 C.2.5 (c) - (e) de las Sentencing Guidelines el nivel de puntuación puede incrementarse si la empresa ha cometido varios delitos anteriormente (reincidencias) u obstaculiza la investigación de la División.

La puntuación de culpabilidad puede ser reducida si la empresa desarrolla un programa efectivo de cumplimiento de las medidas "antitrust". Las Guidelines imponen unos estándares muy estrictos en cuanto a la efectividad del programa - §8 C 2.5. (f) de las Sentencing Guidelines: hay que exigir pruebas específicas de la eficacia, junto con la exigencia de demostrar que se está cumpliendo el programa de medidas "antitrust".

Existe presunción que el programa es ineficaz si los altos directivos de la empresa participan en la conspiración (§8 C 2.5 (g) de las Sentencing Guidelines).

La puntuación podría ser reducida asimismo si la empresa informa sobre el delito y coopera plenamente con la División en el proceso de investigación -8C2.5. (g) de las Sentencing Guidelines.

De este modo el juzgado considera todos los factores que pudieran influir sobre la sanción.

¹⁰⁹ Shavell, S. "Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent", 85 Colum.L.Rev.1232(1985).

¹¹⁰ En general sobre el tema- Kraakman, R. "Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls", 93 Yale L.J.857(1984).

Los factores más importantes son la participación de la empresa en la organización de la conspiración y las consecuencias de la condena. El juzgado incluso puede bajar el nivel, previsto en las Guidelines en caso de moción (acción) del Gobierno cuando la empresa realiza una asistencia sustancial en la investigación. El nivel se puede incrementar sobre lo previsto en las Guidelines si la acusación implica contratos públicos, soborno de altos funcionarios o cuando se trata de un delito realizado en varios mercados a la vez - *United States v. ICI Explosives U.S. Inc.*, 6 Trade Reg. Rep.(CCH), 45, 095 (Case N° 4155).

Según 3 D1.3 de las Sentencing Guidelines en caso de delitos múltiples existen dos variantes:

- 1) Si todos ellos son infracciones de la Sherman Act, el volumen del comercio afectado constituiría la base para la condena que sería la suma de los comercios afectados por cada uno de los delitos.
- 2) Si existe infracción antitrust y otros delitos (que no son delitos antitrust) relacionados con la misma conducta, todos los delitos se sopesan y el nivel del delito más grave sería la base de cálculo para todos los delitos, el delito múltiple.

Como se ha podido observar, estas directrices son una guía práctica para que los juzgados determinen con más certeza las sanciones para los casos antitrust más graves. Considerando estas directrices básicas, el acusado o el infractor de la ley puede “calcular” qué nivel de multa le puede ser impuesta. El acusado, comparando las consecuencias de su comportamiento “cooperativo” o “no-cooperativo” puede decidir cooperar con las autoridades y el infractor puede decidir cesar la conducta o abstenerse de conductas futuras y esto favorece la función preventiva del antitrust.

Se puede generalizar que a pesar de la elaboración de estas directrices, para los juzgados no es fácil decidir, porque no hay que olvidar que las prohibiciones de la Sherman Act están expuestas de una manera generalizada, y, por otro lado, es posible, que si se sanciona una conducta, permitida en líneas generales, los empresarios se desincentiven¹¹¹, así que se argumenta la limitación del uso de las sanciones criminales

¹¹¹ En este sentido se ha expresado Posner, R. en su artículo “Antitrust in the New Economy”, 68 Antitrust L.J.925(2000- 2001), considerando que las agencias antitrust y los tribunales no actúan de acuerdo con las circunstancias y paralelamente a los sectores complejos de la industria y el negocio y que existe el peligro de que el “enforcement” antitrust agresivo puede suprimir prácticas que parecen anticompetitivas, pero son eficientes o neutrales, desde el punto de vista de la sociedad en conjunto.

en el derecho antitrust.¹¹²El problema surge sobre todo, cuando el denunciado ha actuado con buena fé¹¹³.Por esto es necesario investigar el intento criminal(“criminal intent”)¹¹⁴ y enjuiciar los hechos de una manera individualizada para cada caso concreto.

El proceso penal antitrust y las sanciones criminales en los EE.UU. son unas medidas únicas por su naturaleza y hasta el momento han demostrado su efectividad.Estas medidas cumplen sobre todo una función prohibitiva y preventiva y así, el incremento de las multas y los plazos de las penas de cárcel, que es la última tendencia en el derecho antitrust norteamericano, garantiza una mayor eficacia de estas dos funciones¹¹⁵.

2.5. Apelación.

La parte tiene el derecho de apelar "la decisión definitiva" ("final decisión") del juzgado de distrito -28 USC § 1291.Por regla general el Ejecutivo puede apelar en todos los casos: por ejemplo en el asunto United States v. Scott , 437 U.S 582(1978), a pesar de que la acusación se ha desestimado por demora del juzgado el Tribunal Supremo ha decretado que el Gobierno puede apelar.

2.6. Concurrencia de proceso civil y penal¹¹⁶.

Este problema existe en procedimientos sobre unos mismos hechos. ¿Cuál de las acciones debe tener prioridad? En general, la Speedy Trial Act - 18USC§3161-74 concede prioridades al proceso penal. Se dan también ejemplos en los cuales los dos procesos existen simultáneamente¹¹⁷ - United States v. General Motors Corp. 1974-2. Trade las (CCH) 75 253 at 97, 657 (E.D. Mich. 1974).

¹¹² Kadish, S. “Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic”, 30U.Chi.L.Rev.423(1963); Ball, H. y Friedman, L. “The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: a Sociological View”, 17 Stan.L.Rev.197(1965).

¹¹³ Nash V. U.S., 229 U.S.373, 376- 377(1913).

¹¹⁴ Areeda&Kaplow “Antitrust Análisis”, op.cit., p.65.

¹¹⁵ Hammond, S. “An Overview of Recent Developments In the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Programs”, 10.01.2005, que se puede consultar en www.usdoj.gov/atr/public/speeches .

¹¹⁶ En general sobre este tema ver Seplaki, L. “Antitrust...”, op.cit., p.26.

¹¹⁷ Sobre todo cuando existe la necesidad de imponer un remedio civil para restablecer la competencia: “los procesos criminales nunca tienen efectos en el futuro, los procesos civiles no afectan el pasado; los primeros condenan las infracciones pasadas, los segundos imponen el modelo a seguir en el futuro”, trad. propia de Neale, A. D. “The Antitrust...”, op.cit., p.379; Angland, J. “Antitrust...”, op. cit., p.724.

Los Division Attorneys que participan en la investigación ("Grand Jury Investigation") pueden emplear las pruebas del proceso penal en el procedimiento civil - United States v. John Doe Inc, 481 U.S. 102(1987)). En cualquier caso, la revelación de los hechos probados incluso a los demás División Attorneys solo se puede autorizar por el juzgado que se ha pronunciado sobre el asunto criminal -Federal Rule of Criminal Procedure 6 (e).

2.7. La decisión “not to prosecute”.

Hay varios casos en los que se cierran casos y esta decisión puede ser aprobada por el AAG, pero puede ser propuesta por todos los Section Chiefs o el Director of Operations.

En la mayoría de los casos dicha decisión se adopta cuando la persecución puede llevar a efectos anticompetitivos, puede afectar a los pequeños empresarios o a los consumidores. Esta clase de decisiones es criticada por el hecho de que no existe un criterio claro¹¹⁸ y predecible para adoptar la decisión de no persecución. Pero, como es sabido, para la detección de las infracciones se necesita un mayor grado de impredecibilidad y sorpresa, porque en caso contrario no se pueden realizar eficazmente las funciones prohibitiva y preventiva del antitrust. La División tiene atribuida amplia discrecionalidad¹¹⁹ para decidir qué casos se van a iniciar: esta autoridad actúa en base a una política pública general, cuyos objetivos no son exclusivamente económicos, sino se trata de unos objetivos a largo plazo, establecidos por el Congreso.

3. OTRAS ACTIVIDADES DE LA DIVISIÓN ANTITRUST.

La División participa en varias actividades, algunas de las cuales son adicionales a las dos primeras - la investigación y la iniciación del proceso judicial:

¹¹⁸ Weaver, S. “Decision to Prosecute...”, op.cit., p.81- 86; Posner, R. “Antitrust Law...”, op.cit., p.176.

¹¹⁹ Litvack, S. “Government Antitrust Policy: Theory v. Practice and the Role of the Antitrust Division”, 60 Tex.L.Rev.649(1981- 1982); Baker, G. “To Indict or Not to Indict: Prosecutorial Discretion in

3.1. Guías (Guidelines), comunicados y declaraciones.

En varias ocasiones la División realiza su política "antitrust" por medio de las guías sobre los acuerdos y fusiones horizontales y no- horizontales (1997 y 1984 respectivamente), la Guía de Propiedad Intelectual (1995), las International Guidelines, las Health Care Guidelines (1996)¹²⁰. Como medidas prácticas, las Guías tienen una gran influencia sobre las actividades de la División. Las guías pueden ser revocadas por un nuevo director de la División en cada momento.¹²¹

Las guías pueden ser consultadas por las empresas, que puedan “medir” de este modo la legalidad de sus conductas y de los acuerdos en que van a participar con otras empresas. Aunque las guidelines no tienen efecto vinculante para la División o para los tribunales¹²², los últimos, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, pueden decidir concederles peso¹²³.

La División realiza declaraciones y comunicados ante el Congreso y participa en actos públicos¹²⁴. Estos actos se aceptan como manifestación (expresión) de la política antitrust de la División.

3.2. Los Business Review Letters- BRL.

La División no emite recomendaciones (advisory opinions) como la FTC, pero bajo interrogación sí esta autorizada a revisar ciertas conductas propuestas: se trata de las Business Review Letters - 28 C.F. R § 50.6 (1996). La petición de Business Review Letter debe ser dirigida por escrito al Assistant Attorney General y acompañada de información relevante para el caso - 28. C.F.R. § 50.6(1), (5) (1996)¹²⁵. La División puede exigir información adicional tanto de las partes que solicitan la Business Review Letter, como de otras terceras partes. La información proporcionada a la División puede ser utilizada por cualquier objetivo gubernamental - 28 C.F. R. § 50.6 (11). La División ha publicado una lista de documentos que deben acompañar la solicitud.

Sherman Act Enforcement”, 63 Cornell L.Rev.405(1978);Weaver, S. “decision to Prosecute”, op.cit., p.86.

¹²⁰ Ver Areeda& Kaplow “Antitrust Analisis”, op.cit., pp.110- 111 y Angland, J. “Antitrust...”, op.cit., pp.724- 725.

¹²¹ Hylton, K. “Antitrust Law...”, op. cit., p.48

¹²² U.S.v.Atlantic Richfield Co., 297 F.Supp.1061(S.D.N.Y.1969).

¹²³ Allis- Chalmers Mfg.Co. v. White Consol.Indus.414 F.2d 506, 524(3d Cir.1969), cert.denied, 396, U.S.1009(1970).

¹²⁴ Por ej. Status Report: “A Summary Overview of the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program”, 02.01.2004 o Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care, 1996, disponibles en www.doj.gov/atr/public .

¿Cual es el propósito de las empresas, cuando soliciten una BRL?

En la práctica, el destinatario puede considerar, que el Gobierno no atacará su conducta, enviando una solicitud de BRL. Por medio de este instrumento se introduce más seguridad jurídica¹²⁶. Pero hay que asumir, que en la mayoría de los casos no se proporciona toda la información relevante para la práctica, y , además, las condiciones del mercado están en un constante cambio y por estas dos razones las BRL no son vinculantes para las agencias antitrust y los tribunales¹²⁷.

Después de revisar la solicitud, la División tiene tres opciones:

- 1) anunciar y establecer su política respecto al caso
- 2) negarse a dar su recomendación respecto al asunto,
- 3) "tomar otra posición o acción que considere apropiada" ("take any other position or action it considers appropriate") - 28 CFR § 50.6 (8).

El caso más frecuente es que la División anuncie su política y sus intenciones respecto al caso concreto¹²⁸. Pero a veces se deniega la recomendación solicitada¹²⁹ o se pueden tomar otras medidas respecto al caso. La negativa de expedir Business Review Letter así como los Business Review Letters no favorables no son susceptibles de control judicial¹³⁰.

La Business Review Letter junto con la solicitud para su expedición deben ser publicadas simultáneamente con la emisión para la parte que la ha solicitado - 28CFR § 50.6 (10) (a) (1996).

Se debe insistir en que se trata de una posición de la División sólo hacia el momento de la expedición de la Business Review Letter. La División puede tomar otras posiciones y medidas en el futuro si las considera oportunas - 28 CFR § 50.6 (9), United States v. Grinell Corp. 30 F.R.D. 358, 363/D.R.J. 1962. La Business Review Letter no puede afectar a los derechos de terceros.

¹²⁵ Antitrust Division Manual, 3ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr.

¹²⁶ Shenefield, J. "Compliance Programs as Viewed from the Antitrust Division", 48 Antitrust L.J. 73(1979).

¹²⁷ Ver U.S. v. New Orleans Chapter, Assoc. Gen. Contractors of Am., 238 F.Supp.273(E.D.La.1965); U.S. v. Grinell, 30 F.R.D.358, 363(D.R.I. 1962); Areeda&Kaplou "Antitrust Analisis...", op.cit., p.111; Angland, J. "Antitrust...", op.cit., p.727.

¹²⁸ Por ej. "Justice Department Approves Model Contract Proposal for Motor Carriers"(2002); "Justice Department Clears Way for Cable Television Joint Purchasing Consortium"(2003); "Justice Department Clears Way For Formation of Computer Information Sistem For Use By Chemical Distributors"(2003).

¹²⁹ Business Review Letter Petrocredit, N° 87-11, 1987 WL 124096 (1987).

¹³⁰ Holly Farms Pultry Indus v. Kleindienst, 1973 - 1 Trade Cas (CCH) 74, 535 (M.D.W.C. 1973).

En definitiva hay que destacar, que las BRL evitan los costes procesales para las partes, ahorrandoles tiempo y esfuerzo de llevar juicios costosos y evitando la persecución de la División pero, al mismo tiempo, llaman la atención de la agencia sobre prácticas, que no están expresamente prohibidas, pero pueden ser dañinas para la competencia. Así se pueden analizar todos los aspectos de dichas conductas con objetivo de anticipar futuras infracciones.

3.3. Abogacía de la competencia.

Una función importante de la División es su tarea de abogar por los beneficios de la competencia ante las agencias reguladoras, incluso interviniendo en procedimientos ante dichas agencias (FRB, SEC, etc...) con los siguientes objetivos: eliminar las regulaciones costosas para la sociedad, no permitir el aumento de las regulaciones, minimizar las distorsiones en el proceso competitivo, cuando la regulación es necesaria, asegurarse de que la regulación está destinada a cumplir sus objetivos concretos¹³¹.

La abogacía de la competencia se realiza ante el Ejecutivo, en relación con la política de telecomunicaciones, energía, exportaciones, etc... y ante el Legislativo, analizando el impacto sobre la competencia de las propuestas de ley. La División incluso se puede oponer a la extensión de la regulación a mercados no regulados.

De este modo la División promociona la competencia, cuando sea conveniente defenderla, introducirla o restablecerla y además, su misión es asegurar que la regulación, cuando es necesaria e imprescindible, cumple sus objetivos.

3.4. Participación en procesos judiciales como *amicus curiae*¹³².

La División participa (en nivel de apelación) como *amicus curiae* en conflictos privados ante los juzgados de apelación o ante el Tribunal Supremo.

Entre 1986 y 1995 la División ha participado en 35 juicios (casos) ante el Tribunal Supremo y en 18 juicios ante los Tribunales de apelación.

¹³¹ Antitrust Division Manual, 3ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr; Ver asimismo Angland, J. "Antitrust...", op.cit., p.728.

¹³² Ver *Texaco, Inc. v. Dagher*, 12.09.2005, N°04- 805, 04- 814; *McFarling v. Monsanto Co.*, 27.05.2005, N° 04-31.

IV.LOS CONTROLES POLÍTICOS SOBRE LA DIVISIÓN ANTITRUST.

1. CONTROL PRESIDENCIAL.

Como ya se ha apuntado, la División es parte de un Departamento Ejecutivo, subordinado jerárquicamente al Presidente¹³³, que realiza el control administrativo sobre su funcionamiento, porque a él le corresponde el “macromanagement”¹³⁴ de las políticas públicas, entre las cuales la defensa de la competencia ocupa un importante lugar. Así, el Presidente establece el orden, la racionalidad y la eficiencia, en relación con dicho “macromanagement”. Por esta razón la ley le atribuye la facultad de nombrar al Assistant Attorney General de la División. El control sobre el presupuesto y los programas, llevados a cabo por la División se efectúa por la OMB.

A pesar de estas formas de control intenso, en la doctrina se ha sostenido, que después de la II-a Guerra Mundial, los Presidentes de los EE.UU. han evitado su intervención sistemática en la actividad de la División¹³⁵: los AAGs han seguido estrictamente sus instrucciones y las demás intervenciones se han considerado innecesarias.

2. CONTROL PARLAMENTARIO.

El Legislativo ejerce un control efectivo a través de sus medios ordinarios de control (preguntas, interpelaciones), los comités parlamentarios y mediante la aprobación y el control del presupuesto¹³⁶.

El AAG es oído anualmente por el Committee on Appropriations¹³⁷ en relación con la aprobación del presupuesto de la División y tiene que dar respuestas satisfactorias en las interrogaciones, informando a dicho Comité sobre los asuntos que se han tramitado, qué parte de estos asuntos se han llevado con éxito ante los

¹³³ En general, sobre la subordinación jerárquica en el aparato administrativo norteamericano, en relación con los Departamentos Ejecutivos, ver Davis&Pierce “Administrative Law Treatise”, vol.I, ed. Little, Brown&Co, 3ed., New York, 1994; Davis, K.C. “Administrative Law Treatise”, ed.K.C.Davis Publ.Co., San Diego, 1978; Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit.; Salvador Martínez, M. “Las Autoridades Independientes”, op.cit.

¹³⁴ Rosenberg, M. “Whatever Happened to Congressional Review of Agency Rulemaking?”, 51 Adm.L.Rev.(1999).

¹³⁵ Weaver, S. “Decision to Prosecute”, op.cit.,p.148.

¹³⁶ En general se puede ver Davis&Pierce “Administrative law Treatise”, op.cit; Schwartz, B. “Administrative Law”, op.cit; Fox, W. “Understanding...”, op.cit.

tribunales, qué sanciones se han impuesto en los procesos criminales, etc... Varias veces el AAG responde a preguntas concretas en relación con asuntos, que se han iniciado durante el año. Así, a través del control sobre el presupuesto, el Legislativo ejerce un control sobre toda la actividad de la División, aunque la supervisión principal sobre la actividad de la División se lleva a cabo por el Senate Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Committee of the Judiciary. Ante dicho Subcomité, el AAG debe ser oído sobre tres tipos de problemas¹³⁸:

- la nueva legislación en relación con los problemas del antitrust,
- el Subcommittee puede solicitar la opinión o asesoramiento del AAG,
- se puede requerir información o explicación sobre asuntos concretos, llevados por la División¹³⁹,

Cabe destacar, que el Subcomité realiza la supervisión sobre las actuaciones de la División constantemente, a través de los funcionarios de la misma. Esta forma de control conduce a una estrecha coordinación entre los propósitos del Congreso y la División: se dan asimismo ejemplos de intentos de influir sobre los poderes de la División por diputados, respecto a asuntos concretos¹⁴⁰.

Se puede resumir que el control parlamentario sobre la actividad de la División es un medio para establecer un balance entre el Ejecutivo y el Legislativo en un campo importante como la defensa de la competencia. Se puede observar, asimismo, que, especialmente en el área del antitrust se establece el siguiente balance en general en el esquema de equilibrio de poderes:

Se observa un incremento de las facultades de supervisión del Presidente respecto a la FTC, a pesar de su configuración como Agencia Independiente y amplias facultades de control parlamentario sobre la División, que se encuentra en el aparato administrativo, jerárquicamente subordinado al Presidente, de manera que, se establece un balance de “segundo” nivel entre el Legislativo y el Ejecutivo respecto a un área económico y socio- político importante como la defensa de la competencia.

¹³⁷ Por.ej. U.S.Congress, House, Committee on Appropriations:Departaments of State, Justice, Commerce and the Judiciary, and Related Agency Appropriations, 91st Cong., 1st sess.,1969 y 2d sess.1970.

¹³⁸ Weaver, S. “Decision to Priscute”, op.cit., pp.149- 151.

¹³⁹ U.S.Congress, Senate, Committee on the Judiciary, “A Study of Antitrust Laws: Hearings before the Senate Subcommittee on Antitrust and Monopoly”, 89th Cong., 1st sess.,1966.

¹⁴⁰ Ver Green, M.(ed.) “The Closed Enterprise Sistem”, ed.Center for the Study of Resp. Law, Washington D.C., 1971.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS COMO AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

I. LOS OBJETIVOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EL PAPEL DE LA COMISIÓN.

Se debe recordar que históricamente el primer Tratado europeo (por el que se establecía la Comunidad Europea del Carbón y del Acero) entre Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo - firmado en París el 18 de Abril de 1951- tenía como propósito crear un Mercado Único -del carbón y del acero - administrado por un ente supranacional, la Alta Autoridad. Basándose en la experiencia del Tratado CECA, los mismos países firmaron en Roma, el 25 de marzo de 1957, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que fue modificado sucesivamente por el Acta Unica Europea de 1996, Tratado de Maastricht (7 de febrero de 1992, en vigor desde 1 de noviembre de 1993), por el Tratado de Ámsterdam (2 de octubre de 1997, en vigor desde 1 de mayo de 1999) y por el Tratado de Niza (26 de febrero de 2001, en vigor desde 1 de febrero de 2003). El Tratado tiene como objeto crear un Mercado Común basado en una unión económica plena entre los Estados miembros.

Se puede afirmar que la integración de los mercados en el ámbito europeo forma parte del proceso de expansión de los mercados a escala global como una manifestación de la globalización económica. En mi opinión, más que todo, estos procesos de ampliación de los mercados globales, basado su funcionamiento en el principio de libre competencia, han impulsado la creación, la integración y la ampliación de la Unión Europea, basándose en las ideas liberales. En este contexto, desde una perspectiva darwiniana M. Sanson- Hermitte afirma que “la idea motriz es la automaticidad: si se suprimen todas las barreras entre los países europeos, el resto se efectuará por un encadenamiento de causas y de efectos que conducen a la mejor de las sociedades posibles”¹. Cabe preguntarse ¿cómo sería la mejor sociedad posible? Comparto la visión de Soros² de que el mercado es “amoral” y creo que para conseguir una mejor sociedad, lejos de las utopías, que existen desde tiempos remotos, es necesario el establecimiento de un equilibrio económico, social y político. Quizá el hombre ha progresado en sus

¹ Cit. por Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. “El derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática” en Calvo Caravaca, A.L. y Morales Limones, P.B. “Derecho europeo de la competencia”, ed. Colex, Madrid, 2000, p.166.

inventos y descubrimientos, hasta el momento, únicamente imitando la naturaleza. Y el equilibrio natural, basado en varios desequilibrios y contraposiciones de diferente índole o su continuo proceso de establecimiento son las más evidentes manifestaciones de la misma. Quisiera tener razón al afirmar que los autores de los Tratados han tenido alguna intención similar al respecto, estableciendo un sistema de valores económico-políticos, pero asimismo sociales y convirtiendo dicha unión regional- la Unión Europea- en un modelo de tal sociedad, basada en el equilibrio económico, social y político o en un continuo establecimiento de equilibrios a nuevos niveles. Desde esta perspectiva se puede leer el art. 2 TCE, según el cual la Unión tendrá los siguientes objetivos:

- Promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado,
- Afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política de defensa común que podría conducir a una defensa común, de conformidad con las disposiciones del art. 17,
- Reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión,
- Mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia;
- Mantener el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar la medida en que las políticas y formas de cooperación, establecidas en el presente Tratado deben ser revisadas para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarias.

De este modo, existe un amplio alcance de objetivos cuyo fin es la consecución de la integración económica de la Unión Europea: muchas veces el Mercado Común³

² Soros, G. "La crisis del capitalismo global", ed. Debate, Madrid, 1998, p.240.

³ La importancia de la defensa de la competencia para el Mercado Común está analizada por Souty, F. "Le droit de la concurrence de l'Union Européene", ed. Montchrestien, Paris, 1997, pp.12 – 14; ver asimismo Waelbroek, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia I", ed. Bosch, Barcelona, pp.7- 14.

se ha usado coloquialmente como sinónimo de la Unión Europea con significado de un Mercado donde las barreras de entrada están reducidas y donde las autoridades de los Estados miembros adoptan políticas eficientes para la integración económica, bajo la supervisión de las instituciones de la Unión Europea⁴. Para asegurar el buen funcionamiento de este Mercado resulta indispensable que se haga reinar una competencia justa y libre entre las empresas. En este sentido el art.3, letra c) TCE proclama “el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común”. Cruz Ferrer⁵ en su libro "Principios de la regulación económica en la Unión Europea" analiza las transformaciones económicas después de la Guerra Fría, señalando que los Mercados nacionales van viendo caer las barreras que los protegían de la competencia extranjera, integrándose en Mercados transnacionales... que suponen nuevas exigencias de competitividad a las empresas y a los países".

Se ha hecho esta breve introducción para destacar la importancia de la defensa de la competencia para la consecución del objetivo - Mercado Común, considerando asimismo los demás objetivos del derecho y de las autoridades de defensa de la competencia como la eficiencia, el bienestar del consumidor, etc...⁶. El objetivo Mercado Común es de especial importancia y más cuando se trata de los procesos actuales de integración y ampliación de la Unión Europea⁷. Así, a través de la política

⁴ Según Korah, V. “Introducción al Derecho y Práctica de la Competencia en la CEE”, ed. Ariel, Barcelona 1988, p.11, “en unos mercados geográficamente más extensos podrá haber mayores oportunidades para la especialización. Y en numerosos sectores industriales, las empresas podrán crecer hasta alcanzar tamaños con cuales puedan beneficiarse en producción y distribución, con economías de escala, dejando simultáneamente a otros productores, que puedan competir.”

⁵ Cruz Ferrer, J. "Principios de regulación económica en la Unión Europea", ed. Instituto de estudios económicos, Madrid 2002, pp. 37 – 38.

⁶ Véase Van Miert, K. “Foreword” en Eekhoff, J.(ed.) “Competition Policy in Europe”, ed.Springer, Berlin, 2004, p.V y Moch, C. “Competition- the Core of a Market Economy” en el mismo libro de Eekhoff; Slot, P. “A View from the Mountain: 40 Years of Development in EC Competition Law”, CMLR, vol.41/2, abril, 2004; Bellamy, C. y Child, G. “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, ed. Civitas, Madrid, 1992, p.38; Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación del derecho comunitario de la competencia” en Garrido Espá, L. “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE N 1/ 2003, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p.112.

⁷ Según Amato, G. “Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market”, ed. Hart Publishing, Oxford 1997, p.44, la política de competencia está subordinada a la integración de los mercados; en este sentido Souty, F. “Le droit de la concurrence...”, op. cit., pp.17 – 20 y recientemente Pijetovic, K. “Reform of EC Antitrust Enforcement: Criticism of the New Sistem is Highly Exaggerated”, ECLR N 25 – 6/ 2004, p.356; ver asimismo Korah, V. “Introducción al Derecho...”, op.cit. p.19 y “An Introductory Guide to EC Law and Practice”, 8va edición, ed.Hart Publishing, Oxford 2004, p.2, 6 , 7 y 12 citando el asunto 56 y 58/64 Consten & Grundig c. Comisión(1966) Rep.299 y analizando los objetivos del Derecho Europeo de la Competencia, distintos del objetivo – eficiencia(EEUU):

- la integración de los mercados
- la competencia “justa”
- los beneficios para la pequeña y mediana empresa
- las libertades políticas
- la competencia efectiva

de la competencia se define el interés económico común de la Unión Europea⁸ a la luz de la Estrategia de Lisboa, porque la UE se ha puesto unos propósitos ambiciosos- en 10 años conseguir ser la economía más competitiva y dinámica del mundo⁹.

En este orden de razonamientos y con propósito de establecer un equilibrio económico, social y político en el marco comunitario, ¿cual de los objetivos de la Comisión debe prevalecer: la protección del Mercado único o la eficiencia económica, sugiriendo una jerarquía de objetivos, organizada con base el principio de distribución de poder económico(y político) a escala global?

En este sentido Waelbroeck y Frignani¹⁰ afirman que “en el marco comunitario, la tensión entre estos imperativos encontrados nunca ha sido completamente resuelta...”.Creo que, en el momento actual, la preferencia es clara respecto al Mercado único y coincido con Garrido Espá que afirma: “En el seno de la Unión Europea, la política de competencia debe añadir a tales designios el más específico de reforzar la integración y unidad del Mercado interior(el Mercado Común), velando por la eliminación de conductas que tiendan a compartimentar artificialmente el Mercado único o a restringir el comercio entre los Estados- miembros, cuidando asimismo de evitar que éstos concedan un tratamiento preferencial a las empresas nacionales”¹¹.Es conveniente considerar asimismo la afirmación de los autores anteriormente citados¹², que “el enfrentamiento de los objetivos de integración y de eficacia no es absoluto: a largo plazo la integración no puede sino beneficiar a la eficacia del proceso económico”.En esta misma línea cabe observar lo siguiente: en la doctrina es comunmente aceptado que los objetivos del derecho antitrust estadounidense¹³ y del derecho de defensa de la competencia comunitario(y de las autoridades de defensa de la

-
- la política cultural, medioambiental y social comunitarias
 - los objetivos del derecho nacional
 - últimamente se enfatiza en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios como objetivo del Derecho Europeo de la Competencia

⁸ Eekhoff, J. “Preface” en Eekhoff, J.(dir.) “Competition Policy in Europe”, ed.Springer, Berlin, 2004, p.VII.

⁹ En relación con la política de competencia y la Estrategia de Lisboa véase Kroes, N. “European Competition Policy- Delivering Better Markets and Better Choices”, discurso de 15 de septiembre de 2005, disponible en www.europa.eu.int/comm/speeches ; En palabras de Monti, M. “en primer lugar, la política de competencia debe contribuir al objetivo de Lisboa de hacer de Europa la economía de conocimiento más dinámica del mundo” en “Prólogo” al “XXXIII Informe sobre la política de la competencia”, ed. Comisión Europea, Luxemburgo, 2003, p.3.

¹⁰ Waelbroeck, M. y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia I”, ed.Bosch, Barcelona, 1998, p.24.

¹¹ Garrido Espá, L. “Los tribunales del orden civil y el Reglamento(CE) N 1/ 2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado” en Garrido Espá, L. “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento(CE) N 1/ 2003”, ed.Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p.46.

¹² Waelbroeck, M. y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia I”, op.cit., p.24.

competencia) difieren parcialmente, porque los EE.UU son una sola nación, con un mercado único plenamente operativo, a diferencia de Europa, donde ha habido que construir, y hay que seguir construyendo este Mercado por encima de las barreras nacionales¹⁴.

En mi opinión, además, a través de la defensa de la competencia y a través de las demás políticas comunitarias, llevadas a cabo por las autoridades comunitarias, se realiza una distribución de poder económico(y político) a escala regional(en el ámbito de Europa) como un paso en dirección al establecimiento de un equilibrio a escala global.En este sentido, la Comisión ocupa un lugar primordial: insistiendo en la complejidad de los procesos de integración y ampliación de la Unión Europea en esta segunda parte del trabajo se va a analizar el papel de la Comisión en el área de defensa de la competencia sin olvidar de enfatizar en el aporte de otras instituciones como el Comité Consultivo de Monopolios y Prácticas Restrictivas de la competencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia.

II. ESTATUTO, COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA COMISIÓN. LA DG COMPETENCIA.

1. Estatuto de la Comisión y debate sobre la conveniencia de crear una Autoridad Independiente.

La Comisión es la institución que sustituyó a la Alta Autoridad de la CECA y a las Comisiones de la CEE y del Euratom. Se trata de una autoridad independiente de los Estados miembros y de las otras instituciones comunitarias¹⁵: los miembros de la Comisión deben ejercer sus funciones con absoluta independencia y en interés general de la Comunidad (art. 213.2 TCE). Aunque los miembros de la Comisión son nacionales de los Estados miembros y están nombrados de común acuerdo por los Gobiernos, no los representan y tampoco pueden defender intereses de los Estados. No dependen del mantenimiento de la confianza de sus Gobiernos ni del Consejo, que no los pueden cesar.

¹³ Véase pp.15- 18, supra.

¹⁴ Velasco San Pedro, L.A. "El derecho europeo de la competencia" en Velasco San Pedro, L.A. "Derecho europeo de la competencia:antitrust e intervenciones públicas", ed.LexNova, Valladolid, 2005, p.41.

¹⁵ Véase Bellamy, C. y Child, G. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op.cit., p.45.

Según Moreno Molina¹⁶ "a pesar de la confusión institucional de las Comunidades desde la perspectiva clásica de separación de poderes se puede constatar que la Comisión desempeña en exclusiva las atribuciones ejecutivas en materia de defensa de la competencia y aun ciertas competencias normativas".

Como se ha subrayado al principio de esta parte del trabajo, la consecución del objetivo Mercado Común está estrechamente relacionada con la defensa de la competencia, pero también con otros problemas. Dicho de otro modo, la competencia no es un fin en sí misma, sino un medio para alcanzar los objetivos del Tratado, en especial la integración económica, el desarrollo de las actividades económicas y la elevación del nivel de vida (art. 2 y 3 TCE)¹⁷. En este sentido la política de competencia se relaciona directamente con otras políticas comunitarias, llevadas a cabo por la Comisión como, por ejemplo, la política industrial¹⁸, la política regional (que se traduce en el intento de que las regiones más pobres de Europa se aprovechen íntegramente del Mercado único, evitando que aumenten las diferencias que existen entre aquellas regiones y las más ricas)¹⁹, la política social²⁰, cuyos objetivos de igual modo se relacionan con la creación del Mercado Común. De este modo se trata de una gestión indiferenciada²¹ de dichos asuntos y políticas por parte de la Comisión. Esto produce en la práctica un fenómeno de "hiperconcentración" de atribuciones (a diferencia con las demás autoridades de competencia, analizadas en el trabajo) que podría amenazar con colapsar el funcionamiento de la Comisión. En relación con estos y otros problemas algunas veces se han hecho propuestas de cambiar el "modus operandi" de la Comisión o de crear una institución específica que actúe en el área de la defensa de la competencia.

Hay varias razones que han impedido que se establezca una agencia especializada en la gestión de la defensa de la competencia. Para algunos ésta ha sido una opción cara o políticamente inconveniente porque se podría llegar a una pérdida de control directo por parte de los Estados miembros.

¹⁶ Moreno Molina, A. M. "Aspectos institucionales de la defensa de la competencia" en Beneyto Pérez, J. M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona 2002, p. 438.

¹⁷ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "El derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática" en Calvo Caravaca, A.L. y Morales Limones, P.B. "Derecho europeo de la competencia", ed. Cóllex, Madrid, 2000, p. 174.

¹⁸ Sobre la relación entre la política de competencia y la política industrial, ver Waelbroeck, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia I", op.cit., pp. 19-20.

¹⁹ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "El derecho europeo de la competencia", op.cit., pp. 183-184.

²⁰ *Ibíd.*, p. 190.

²¹ Moreno Molina, A.M. "Aspectos institucionales...", op.cit., p. 438-439.

En todo caso sería interesante mencionar que había propuestas para una reforma sustancial del Reglamento N 17/1968 que presuponía la opción entre dos modelos enfrentados de protección de las normas de libre competencia.

- a) Una de las posibilidades ha sido crear una Agencia Independiente²² especializada en derecho de la competencia. Así se podría optar por el modelo alemán centralizado, creando una autoridad Comunitaria, encargada exclusivamente de velar por la correcta aplicación de las normas comunitarias que sería independiente de la Comisión y alejada de presiones que pueda sufrir el citado órgano.
- b) La otra opción (ya establecida por el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 8 y 82 del Tratado) implicaría seguir una vez más, el sistema norteamericano. Esto supone el establecimiento de una red de autoridades encargadas de aplicar la normativa comunitaria de forma descentralizada y dirigidas por una autoridad. En este caso la autoridad reservaría su actuación a los supuestos que presenten situaciones nuevas o especialmente graves, dedicando sus esfuerzos prioritariamente a la instrucción de investigaciones de oficio y, sobre todo, a la definición de la política de competencia a seguir por los Estados miembros. Hay que recordar que en los Estados Unidos existe una red formada por las autoridades de competencia de los Estados y los Tribunales Federales de Distrito, cuyas decisiones son recurribles ante los Tribunales de Apelación y, en última instancia, ante el Tribunal Supremo. Así las empresas pueden demandar y reclamar daños y perjuicios directamente contra sus competidores: anteriormente se ha mencionado que las autoridades de competencia de los estados y los Tribunales de Distrito (asimismo los Tribunales de Apelación y el Tribunal Supremo de los EE.UU) aplican prioritariamente la normativa federal y secundariamente las normas de los estados.

Conviene enfatizar que las instituciones- red son una nueva forma de organización institucional en la sociedad de la información. Junto con la compresión del espacio y del tiempo²³, que se produce a través de medios materiales (los productos de las altas

²² Esta propuesta todavía sigue defendiéndose en Alemania y Italia. Según Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. “El derecho europeo de la competencia...”, op.cit., p.164, “los argumentos empleados son clónicos de los que se emplearon en los EE.UU- país, donde ha habido y sigue habiendo un debate de gran calado con respecto a las denominadas Agencias Independientes”.

²³ Harvey, D., cit. por Peet, R. “La maldita trinidad: el FMI, el Banco Mundial y la OMC”, ed. Laetoli, Pamplona, 2004, p.8 y Castells, M. “La era de la información”, ed. Alianza, Madrid, 2001, p.25.

tecnologías y los flujos, que se generan²⁴), surgen estas formas de instituciones, paralelamente a la organización de las empresas en red²⁵. La evolución supone una transformación en las relaciones Estado- Mercado²⁶ (instituciones - empresas-redes y en nivel supraestatal, Estados-red - empresas- redes), es decir, el desarrollo de la organización institucional es paralelo al desarrollo de los mercados y al revés. En el derecho de la competencia, vistas estas instituciones como distribuidoras de poder económico, la organización en redes es eficaz desde el punto de vista de alcanzar altos niveles de control y supervisión. El modelo de la Red Europea de Autoridades de Defensa de la Competencia, que se sigue construyendo (como hemos dicho el mercado comunitario es heterogéneo: compuesto por mercados desarrollados, menos desarrollados y casi inexistentes), basado en el modelo estadounidense (un país con mercado homogéneo) tal vez será el modelo de la Red Internacional de Defensa de la Competencia, que en la actualidad supone un foro informal de contacto en materia de competencia. El propósito de este tipo de instituciones es obvio: intentar evitar eficazmente y de manera inmediata (a través de las conexiones casi instantáneas de redes materiales) la expansión o abuso de poder económico que puedan distorsionar el equilibrio de poder, que se pretende establecer. Esta eficacia y rapidez es necesaria para el mismo funcionamiento de las instituciones-redes, para la conservación y desarrollo del esquema existente: la expansión del poder económico, en caso de barreras reducidas, se determina por la intensidad y velocidad de los flujos. Dicho con otras palabras, es necesaria la adaptación continua de las instituciones (en nuestro caso adaptación de carácter estructural), sobre todo y en primer lugar de las instituciones encargadas con poderes de vigilancia de los mercados, al contexto, en el cual, y a los instrumentos,

²⁴ Según Borja, J. y Castells, M. "Local y global", ed. Taurus, Buenos Aires, 2004, p.12 "los flujos electrónicos estructuran la economía a partir de relaciones entre unidades espacialmente distantes"; así se produce un proceso de unificación a través de "un hipertexto global e interactivo", "el poder y la riqueza están organizados en redes globales, por las que circulan flujos de información": según dichos autores se trata de flujos asimétricos, que expresan relaciones de poder (p.28).

²⁵ En palabras de autores como Castells, Borja, Ohmai, lo que se observa en la economía es la descentralización de las grandes empresas, creando unidades de gestión semi-autónomas y además, redes de cooperación entre las pequeñas y medianas empresas, llegando a formarse "redes de redes" (Ohmai, K., cit. y comentado por Castells, M., p. 215 y Castells, M. "La era de la información: "La sociedad red"", ed. Alianza, Madrid, 2000, pp.218- 223). Castells y Borja afirman, que estas redes son siempre cambiantes en una geometría variable- Borja, J. y Castells, M. "Local y Global", op.cit., p.25; Held, D., Mc Grew, Goldblatt y Perraton afirman, que la subcontratación propone a las grandes empresas mecanismos más eficientes para ajustarse a la producción global, con la menor pérdida de costes- Held, D., Mc Grew, A., Goldblatt, D., Perraton, J. "Transformaciones globales", ed. Oxford Univ. Press, 2002, p.310.

²⁶ Una visión que se debe considerar sobre las relaciones actuales Estado- Mercado a nivel global ofrecen Held, D., Mc Grew, A., Goldblatt, D., Perraton, J. "Transformaciones globales", ed. Oxford Univ. Press, 2002, p.338; Galbraith, J.K. "La economía del fraude inocente", 2a ed., ed. Crítica, Barcelona, 2004, pp.57 y ss.

mediante los cuales, se crea y distribuye la riqueza y se ejerce el poder económico. Quizá estas instituciones- red servirán como ejemplo para el desarrollo organizativo de otras organizaciones como la OMC, aunque hay que tener en cuenta, que dependiendo de las circunstancias, la dinámica de la evolución puede ser muy otra: a veces es un grave error suponer la continuación de tendencias con dimensiones político-económicas.

En mi opinión, la Comisión se configura como centro de la Red de las Autoridades Europeas de Defensa de la Competencia y la descentralización de algunas de sus funciones en materia de defensa de la competencia , como se verá más adelante en el trabajo, permite la centralización y reforzamiento de otras funciones básicas.

Según Moreno Molina²⁷ la concentración de poderes en el área de defensa de la competencia permite (formalmente) una autonomía total de la Comisión y hace a esta autoridad especialmente fuerte frente a las capturas²⁸ ; el carácter universal de su misión la inmuniza frente a la "visión de túnel". Este carácter universal, como se ha señalado, permite a veces la primacía de otros objetivos sociales y económicos²⁹, que conducen a la creación del Mercado Común, sobre la política de competencia. Considero que sobre todo por esta razón, es decir por el significado de la política de competencia para la consecución del Mercado Común, la Comisión es la autoridad que debe seguir vigilando la política de competencia en Europa. Así, la "hiperconcentración" es necesaria para la cosecución de los objetivos del Tratado, pero se puede suponer, que con el desarrollo del sistema de instituciones comunitarias en el futuro (en caso de que se establezca un mercado más homogéneo), la Comisión dejaría de configurarse como centro de dicha red de autoridades, desplazándose sus funciones en materia de defensa de la competencia hacia una "autoridad independiente". En la actualidad es necesaria una aplicación conjunta de las políticas comunitarias por la Comisión y la aplicación del derecho comunitario de la competencia por la Comisión y las autoridades-red, porque en caso contrario surgirán problemas de dirección y deficiencias del sistema.

Se debe añadir una nota más y esto es que hasta ahora con la excepción del Banco Central Europeo todas las agencias europeas que se han creado realizan funciones de conseguir y procesar información, que sirve para la toma de decisiones de otros

²⁷ Moreno Molina, A.M. "Aspectos institucionales...", op.cit., p.438.

²⁸ En sentido contrario en relación con las capturas, Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "El derecho europeo de la competencia", op.cit., p.164.

²⁹ Amato, G. "Antitrust and the Bounds of Power...", op.cit., p.119.

organismos comunitarios (factfinding-information gathering y licencing). Sin embargo, aún no se ha establecido ninguna agencia con poderes de regulación y sanción y todo esto por varias razones entre las cuales las posibilidades de pérdidas de control sobre la orientación de la política de competencia³⁰.

2. Composición de la Comisión.

Desde el 1 de noviembre de 2004 la Comisión está compuesta por 25 Comisarios elegidos por los gobiernos de los estados miembros por un mandato de 5 años (renovables) y aceptados "en masse" por el Parlamento Europeo (art. 213.1.2 art. 21 y 1 TCE). Se da la posibilidad de nombrar al menos un nacional de cada estado miembro y no más de 2 nacionales de un mismo Estado. Las personas propuestas suelen ser figuras de gran relieve político interno o internacional y con una gran experiencia en temas comunitarios. Como se verá más adelante, en materia de competencia es necesaria una amplia experiencia, basada en el conocimiento de los problemas económicos.

3. Quorum y mayorías.

Es importante destacar que las decisiones de la Comisión se adoptan por mayoría absoluta y la Comisión asume la responsabilidad colegialmente. Una de las características de la Comisión es la colegialidad y la disponibilidad absoluta de los miembros de la Comisión para su función. Esto garantiza la coordinación entre los comisarios, nacionales de distintos Estados- miembros, respecto a la política llevada a cabo por la institución. Sin perjuicio de su carácter colegial, la Comisión distribuye los sectores de su actividad (incluida la competencia) entre los distintos comisarios. A pesar de esto no se pueden conferir a ningún comisario delegaciones expresas. Sólo se dan delegaciones muy limitadas, de medidas estrictamente técnicas, basadas en orientaciones decididas previamente por la Comisión y esto garantiza una vez más la coordinación y no discrepancia entre los miembros respecto a las políticas, llevadas a cabo por la Comisión. Para evitar que el sistema colegiado genere reuniones paralizantes y discusiones innecesarias, la Comisión recurre a diversos procedimientos. Los asuntos importantes o complejos son previamente estudiados en reuniones ad hoc. Para los demás asuntos los miembros de la Comisión reciben una comunicación del expediente y de la correspondiente propuesta de decisión y si en un plazo determinado no presentan sus reservas, la proposición se considera adoptada.³¹

4. Requisitos de elegibilidad e incompatibilidades de los miembros.

³⁰ Moreno Molina, A.M. "Aspectos institucionales...", op.cit., p.439.

³¹ Tamames, R. y López, M. "La Unión Europea", 5 ed., ed. Alianza, Madrid, 2002, p. 230

Como se ha subrayado es imprescindible que los miembros de la Comisión actúen en interés de la Comunidad y que no acepten instrucciones de ningún Gobierno u organización pública o privada ni realicen actos incompatibles con sus funciones; no deben ejercer ninguna actividad profesional, remunerada o no, durante su mandato (art. 213. 2TCE).

5. Duración del mandato y cese de los comisarios.

El mandato de los Comisarios es de 5 años, y a partir de su nombramiento únicamente podrán ser cesados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: este es el órgano que puede constatar si un miembro no reúne ya las condiciones para el ejercicio de su cargo o si ha cometido una falta grave (art. 216 TCE).

6. Organización interna de la Comisión :la DG Competencia.³²

Como es sabido, la Comisión es dirigida por su Presidente y su administración está integrada por el Secretariado General y el Servicio Jurídico, que depende directamente del Presidente de la Comisión. El Servicio Jurídico tiene funciones asesoras, verifica la legalidad de los actos de la Comisión y la representa ante el Tribunal de Justicia. Las funciones de la Comisión se llevan a cabo por Direcciones Generales: cada una de estas DG tiene su Comisario como responsable³³.

La DG Competencia está dividida organizativamente en 10 Direcciones, cada una presidida por un Director:

Dirección R – Planificación estratégica y recursos.

Dirección A – Política y soporte estratégico.

Dirección B – Energía, industrias básicas, industrias químicas y farmacéuticas.

Dirección C – Información, comunicaciones y multimedia.

Dirección D – Servicios.

Dirección E – Industria, bienes de consumo y manufacturas.

Dirección F – Cáteles.

Dirección G – Ayudas del Estado I – cohesión y competitividad.

Dirección H – Ayudas del Estado II – industrias de redes, sectores y servicios.

Dirección I – Política de las ayudas del Estado y coordinación estratégica.

En el Anexo N 1 se puede ver la organización de la DG Competencia.

Así, la DG Competencia se ocupa de la supervisión de los mercados a fin de determinar sus fallos que se traducen en diferentes prácticas abusivas. Para realizar esta vigilancia efectiva sobre el mercado europeo, la Comisión se ha reorganizado según

³² Ver Korah, V. “An Introductory Guide...”, op. cit. p.24

³³ www.europa.eu.int/comm .

criterios sectoriales, con el objetivo de obtener una eficacia recíproca sobre el conjunto de instrumentos de defensa de la competencia. Los principales aspectos de esta reorganización, realizada el año 2003, son los siguientes³⁴:

- cada una de las 5 direcciones, que se ocupan de la defensa de la competencia, es responsable de sectores específicos, cada una de ellas se ocupa de asuntos de cártel y posee una unidad especializada en concentraciones. Así se recopilan los conocimientos pertinentes para el sector,
- La designación de un economista-jefe para la competencia a fin de ofrecer asesoramiento económico en relación con todas las cuestiones de competencia. Esta persona, además de ser un economista conocido por méritos propios, cuenta con el apoyo de un equipo de economistas académicos especializados en economía industrial,
- Se ha decidido que la prioridad de un asunto dependerá de las consecuencias de un determinado problema de la competencia para el bienestar del consumidor,
- Se ha creado una unidad especializada en recuperación de ayudas a fin de verificar de manera más estructurada la ejecución de las órdenes de recuperación.

El noviembre del 2004 entró en sus funciones la nueva Comisión. La nueva comisaria que se encarga de la política de competencia es la holandesa Neelie Kroes que fue elegida después de un profundo debate en las comisiones parlamentarias del Parlamento Europeo³⁵.

³⁴ Monti, M. “Prólogo” al “XXXIII Informe...”, op.cit., p.4.

³⁵ Los motivos de estos debates son que hasta el verano de 2004 Kroes era miembro del Consejo de Administración de Volvo. También estaba en los consejos de compañías de móviles(MM02, Plc) de transporte(KLM, Nederlandse Spoorwegen), de material militar(Thales Netherlands Group), de construcción(Ballast Nedam) y de inversiones en general(Cório, Meyer Monitor)...De hecho, Kroes presidía hasta el 2004 la NSK, una sociedad que administra sus negocios. Fuentes diplomáticas han asegurado que el propio Barroso desconocía tantas implicaciones empresariales cuando fue propuesta por el gobierno holandés.

Para Kroes, su experiencia política y empresarial “es toda una baza” para dirigir la política europea de competencia, donde, en términos generales, abogó por una política continuista de lo ya iniciado por el comisario M. Monti. Kroes aseguró que se abstendrá de participar en decisiones en las que estén implicadas empresas a las que ha estado vinculada en los últimos meses y también aseguró que cuando abandone la Comisión Europea no volverá a tomar “ninguna responsabilidad empresarial...”(El País, 29 de septiembre de 2004 - “Crisis en la nueva Comisión Europea por la designación de la responsable de competencia”).

III. OTRAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS QUE TIENEN ATRIBUIDAS FUNCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. El Comité Consultivo en Monopolios y Prácticas restrictivas de la competencia(art. 14 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado).

Este Comité fue creado con el art. 10 del Reglamento N 17/1968. Este órgano está compuesto de funcionarios competentes en los problemas de las prácticas de abuso de mercado y los monopolios. Cada Estado miembro está obligado a nombrar un representante y de este modo el Comité sirve de vínculo entre la Comisión y los Estados miembros, se resuelven contradicciones y se ofrecen nuevas soluciones de los problemas en el ámbito de la competencia..

Las consultas se realizan en reuniones convocadas y presididas por la Comisión (art. 14.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado), pero también se pueden realizar por medio de un procedimiento escrito. La Comisión debe tener en cuenta el dictamen emitido por el Comité Consultivo y debe informar a dicho órgano del modo en que se ha tenido en cuenta el dictamen (art. 14.5 del mismo Reglamento).

Las recomendaciones del Comité Consultivo no tienen carácter vinculante para la Comisión y no son susceptibles a revisión por el Tribunal de Justicia. Al revés, cuando la Comisión no cumple con la exigencia de consultar al Comité o no toma en cuenta sus recomendaciones, el acto de la Comisión puede ser objeto de revisión en virtud del art. 230 TCE - asunto 30/78 Distillers Co. Ltd c. Comisión (1980); asunto 41/69 ACF Chemiefarma WV c. Comisión (1970).

Se dan casos en los que la Comisión está obligada a consultar el Comité Consultivo (art. 14. del Reglamento N 1/2003)³⁶:

³⁶ Véase Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación de las reglas sobre competencia de los artículos 81 y 82 del Tratado” en Velasco San Pedro, L. A. “Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas”, ed. LexNova, Valladolid, 2005, p.397.

- a) Cuando la Comisión está investigando infracciones de los arts. 81 y 82, en caso de declaraciones positivas o en caso de aplicación del art. 81/3 TCE,
- b) En caso de adopción de medidas cautelares (art.8 del Reglamento N 1/2003),
- c) En caso de revocación, renovación o modificación o de una decisión en virtud del art. 81(3) TCE,
- d) Cuando se imponen multas de acuerdo con el art. 23 y 24 del Reglamento N 1/2003,
- e) El Comité debe ser consultado además antes de que la Comisión adopte una exención por categoría, como en los casos de los Reglamentos del Consejo N° . 19/65/CEE, (CEE) N° 2821/71, (CEE), N°3976 /87 (CEE) N°1534 /91 o (CEE) N° 479/92 y también para la retirada de dichas exenciones por categorías (art. 29.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado).

El Comité Consultivo puede debatir también asuntos de carácter general relativos al Derecho Comunitario de la Competencia (art. 14.7 del Reglamento (CE) n° 1/2003) y ésto es importante con vistas a la consideración de las opiniones y posturas de los diferentes Estados- miembros en relación con sus políticas de competencia nacionales.

Con el Reglamento N 1 /2003 se refuerzan las facultades del Comité Consultivo, convirtiéndose dicho órgano en un importante organismo – asesor de la Comisión y la Comisión necesita tal asesoramiento por su multifuncionalidad, con objeto de no perder de vista alguno de los problemas específicos en materia de competencia.

2. El Tribunal de Justicia (TJCE).

El Tribunal de Justicia tiene una importancia máxima como último intérprete del Derecho Comunitario³⁷.El Tribunal garantizara el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente tratado. Como ha señalado Casés Pallarés³⁸ el Tribunal de Justicia viene a solventar en ocasiones los déficits del ordenamiento jurídico comunitario(art. 22 TCE), especialmente en materia de competencia y esto "puede hacerlo progresar a una velocidad más rápida que el resto de las instituciones".

El Tribunal tiene su sede en Luxemburgo y está formado por quince jueces, asistidos por ocho Abogados Generales.

³⁷ Bellamy, C. y Child, G. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op.cit., p.47.

³⁸ Casés Pallarés,L. "Derecho administrativo de la defensa de la competencia",ed.Marcial Pons, Madrid,1995, p. 126.

Los principales aspectos aquí relevantes en que tiene competencia el Tribunal de Justicia son los siguientes:

- a) En virtud del art. 230 TCE se puede interponer recurso ante el Tribunal contra las decisiones de la Comisión por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o en caso de desviación de poder (aspectos que se van a estudiar más detalladamente en relación con el control judicial de los actos de la Comisión). En materia de defensa de la competencia este recurso lo conoce el Tribunal de Primera Instancia, contra cuya sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.
- b) En virtud del art. 232 cabe recurso ante el Tribunal por abstención de pronunciarse. Este recurso lo conoce el Tribunal de Primera Instancia, contra cuya sentencia se puede interponer recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.
- c) El art. 234 TCE confiere al Tribunal jurisdicción para dictar sentencias prejudiciales relativas, entre otros supuestos a la interpretación del TCE.
- d) El Tribunal de Justicia se pronuncia en los procedimientos contra los Estados miembros en virtud del art. 226 TCE, en las acciones por ausencia de actuación (art. 232 TCE) y en las acciones por daños y perjuicios causados por la Comunidad, previstas en el art. 288 TCE.

3. El Tribunal de Primera Instancia (TPI).

Este Tribunal fue creado por Decisión de 24 de octubre de 1988 N° 88 /591/CEE del Consejo (DO L N 319 de 25.11.1988) y tras la cumbre de Niza su estatuto se ha establecido en el Tratado. Según el art. 225 TCE el Tribunal forma parte del Tribunal de Justicia, sin perjuicio de su independencia. Contra sus sentencias caben recursos ante el Tribunal de Justicia³⁹. El Tribunal de Primera Instancia (TPI) se compone de 15 jueces elegidos entre personas que ofrezcan garantías de independencia y poseen la capacidad y experiencia para el ejercicio de sus funciones; están designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros (art. 225.3 TCE).

El TPI conocerá de los siguientes asuntos:

- Decisiones de la Comisión en aplicación del derecho de la competencia⁴⁰
- Asuntos relacionados con la indemnización por daños (art. 235).

³⁹ Véase Bellamy, C. y Child, G. “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, op.cit., p.48.

⁴⁰ Para un análisis generalizado ver Creus, A. y Amador, O. “Procedimiento administrativo ante la Comisión Europea y control jurisdiccional del TJCE” en Beneyto Pérez, J. M. “Tratado de derecho de la competencia”, vol. II, ed. Bosch, Barcelona 2005, p. 812

- Asuntos de personal (art. 236 TCE).
- Asuntos derivados de compromisos establecidos en contratos, celebrados por la Comunidad Europea (art. 238 TCE).

Como se va a poner de relieve más adelante en el trabajo, en los últimos años la labor del TPI se ha orientado hacia una supervisión más estricta de las decisiones de la Comisión (sobre todo en los casos de concentraciones económicas), aunque esto ha generado discrepancias en la doctrina⁴¹, discutiéndose el alcance del control jurisdiccional comunitario en materia de defensa de la competencia.

IV. FACULTADES Y FUNCIONES DE LA COMISIÓN EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Los Tratados (TCE, Tratado CECA y Euratom) asignan a la Comisión amplias tareas:

Impulsora de la política comunitaria y órgano ejecutivo de la Comunidad - en ella se originan todas las acciones comunitarias, puesto que le corresponde presentar propuestas de legislación al Consejo ("derecho de iniciativa"). El Tratado CECA y el TCE conceden a la Comisión, asimismo competencias legislativas originarias (por ej. en el ámbito del presupuesto de la UE, de los Fondos Estructurales, etc.) y competencias delegadas por el Consejo para la ejecución de medidas adoptadas por éste (art. 202 TCE). Además la Comisión es la guardiana del derecho comunitario (art. 211 TCE); controla la aplicación del derecho primario y derivado de la Comunidad Europea por parte de los Estados miembros y es representante de los intereses de la misma en la escena internacional.

Aparte de estas competencias el TCE prevé la posibilidad de actuar, si se considere necesario para realizar uno de los objetivos de los Tratados - art. 308 TCE, art. 95 CECA, art. 203 CEEA (principio de competencia subsidiaria): de este modo no se concede a la Comisión un mandato general que permita la realización de tareas situadas fuera de los objetivos de los Tratados. Es importante enfatizar sobre esta facultad porque las posibilidades que ofrece dicho principio se invocan cada vez más a menudo ya que con el paso del tiempo la Comunidad debe hacer frente a nuevas funciones no previstas en el momento de la celebración de los Tratados Constitutivos y

⁴¹ Véase Pappas, S. y Demortain, D. "A New Era of Competition under the Guidance of the Court of First Instance" en Eekhoff, J. "Competition Policy in Europe", ed. Springer, Berlin, 2005, pp.233- 247.

para las cuales no existen facultades concretas en los mismos⁴²: en este sentido cabe destacar los procesos de integración y de adhesión de nuevos países a la Unión Europea teniendo en cuenta las posibles consecuencias de las transformaciones de sus Mercados nacionales en relación con la defensa de la competencia. Además, como ya se ha señalado, las tareas de la Comisión se relacionan directamente con el objetivo Mercado Común en base al principio de libre competencia, pero cumplimentado con otros valores de índole económico- político y social(la política industrial, la política regional, la política social).

La política comunitaria de la competencia abarca principalmente los siguientes ámbitos de actuación:

1. La prohibición de acuerdos que restringen la competencia y la prohibición de los abusos de posición dominante.
2. La prohibición de las fusiones que crean o refuerzan una posición dominante.
3. El control de las empresas públicas y la liberalización de los sectores monopolísticos.
4. La prohibición general de ayudas estatales.

En el presente trabajo se va a enfatizar sobre los poderes de la Comisión⁴³ en relación con la prohibición de los acuerdos que restringen la competencia y los abusos de posición dominante, siguiendo el siguiente esquema:

- poderes de investigación
- poder de dictar decisiones
- poder de ejecución normativa

Después se van a exponer otras funciones de la Comisión en relación con la defensa de la competencia: el diseño de la política de competencia, las funciones en materia de control de las empresas públicas y liberalizaciones, el control de concentraciones y en materia de ayudas estatales.

A continuación se van a analizar las distintas facultades de la Comisión en esta materia, enfatizando en los cambios, introducidos por el Reglamento N 1/2003.

⁴² Borchardt, Klaus – Dieter , “El ABC del Derecho Comunitario”, www.europa.eu.int/eur-lex .

⁴³ Véase Whish, R. “Competition Law”, ed. Butterworths, London, 1985, p.20: según el autor en el área de competencia la Comisión está encargada con el desarrollo de la política de competencia, investigaciones (fact- finding), emprender acciones contra infracciones del derecho, imponer multas y conceder exenciones.

1. PODERES DE INVESTIGACIÓN.

Hay que destacar la importancia de los poderes de investigación de la Comisión, ya que esta es la vía para adquirir pruebas para sancionar las conductas antitrust a nivel comunitario.

Según Bellamy y Child⁴⁴ la Comisión llega a conocer situaciones a las que puede ser aplicado el derecho de la competencia por tres vías distintas:

- en primer lugar las partes podían notificar su acuerdo o solicitar una declaración negativa (el 1 de mayo de 2004 entró en vigor el nuevo Reglamento de Procedimiento N 1/2003 del Consejo que suprime las notificaciones y las declaraciones negativas),
- en segundo lugar una empresa que sea parte de un acuerdo u otra persona que alegue un interés legítimo puede efectuar una denuncia a la Comisión,
- en tercer lugar la Comisión se puede enterar de las cuestiones de manera independiente y de oficio (por medio de preguntas al Parlamento Europeo, contactos con otras autoridades, etc...⁴⁵).

Aunque se han suprimido las notificaciones como medio de obtener información por parte de la Comisión, como se va a observar más adelante, han aumentado considerablemente los poderes de la Comisión en materia de investigaciones, ampliándose las facultades existentes y añadiéndose nuevas facultades.

1.1. Facultades para requerir información de las empresas⁴⁶.

Según el art.18 del Reglamento (CE) n° 1/2003⁴⁷, la Comisión posee amplias facultades para obligar a las empresas o asociaciones de empresas a suministrarle "toda la información que estime necesaria"⁴⁸. La Comisión debe hacer llegar a la empresa

⁴⁴ Bellamy C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", ed. Civitas, Madrid, 1992, p.680.

⁴⁵ Ver Kerse, C. S. "EC Antitrust Procedure", ed. Sweet & Maxwell, 1998, p.214.

⁴⁶ Estas facultades están analizadas asimismo por Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit. pp.221-224 y Creus, A. y Amador, O. "Procedimiento administrativo ante la Comisión...", op. cit. pp.758 - 760

⁴⁷ Para el desarrollo normativo del Reglamento N 1/ 2003 (por medio del Reglamento N 773/ 2004) en materia de investigaciones, véase Berenguer, L. "La Comisión completa "el paquete de modernización" en Cases, L.(dir.) "Anuario de la competencia 2003", ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.92- 93.

⁴⁸ Sobre la importancia de dichas facultades ver Galán Corona, E. "Notas al Reglamento 1/2003 de aplicación de las normas de competencia", Revista de Derecho Comunitario Europeo N 15/ 2003, p. 514; Gil Ibáñez, J. L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.124; Rivas, J. y Branton, J. "Development in EC Competition Law in 2002: an overview", CMLR vol.40, N 5/ 2003, p.514 y Venit, J. S. "Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under art.81 and 82 of the EC Treaty" CMLR vol.40, N 3/ 2003, p.567; Dekeyser, K. y Dalheimer, D. "Cooperation within the ECN" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Bruselas, disponible en www.ibanet.org/conferences .

una solicitud o decisión, indicando la base jurídica y el objeto de la solicitud o decisión así como todos los demás requisitos, previstos en el art. 18.2 y 3 del Reglamento N 1/2003. Según el art. 12 del Reglamento N 1/2003 la Comisión debe remitir una copia de la solicitud o de la decisión a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la sede de la empresa o la asociación de empresas y a la autoridad de competencia del Estado miembro cuyo territorio se vea afectado - art. 18.5 Reglamento (CE) N 1/2003 .

Los representantes o propietarios de la empresa o asociación de empresas están obligados de proporcionar la información requerida. Se requiere que dicha información no sea “inexacta o engañosa”(art.18.2 del Reglamento N 1/ 2003). Es importante aclarar que los poderes de la Comisión se refuerzan, porque se pueden solicitar explicaciones a los representantes y de los miembros del personal de la empresa, limitados antes(con el Reglamento N 17/ 68) a los documentos y ahora extendiéndose a los hechos⁴⁹”(art.20.2, letra e) del Reglamento N 1/ 2003).

Hasta ahora se ha procedido de la manera siguiente: la Comisión hacía un requerimiento por escrito a la empresa siguiendo el art. 11.1 del Reglamento N 17/1968, enviando una copia de la solicitud a la autoridad del Estado miembro del que se tratase (art. 11.2 del Reglamento N 17/1968). La petición debería señalar las bases jurídicas en que se apoya e indicar las acciones previstas en caso de que no se suministre información o en caso de que se ofrezca información incorrecta. Si la información no se facilita en el plazo señalado por la Comisión, que puede ser ampliado, la Comisión puede adoptar una decisión en virtud del art. 11.5 del Reglamento N 17/1968 (ahora según el art. 18.3 del Reglamento (CE) N 1/2003).

El Tribunal de Justicia ha señalado que corresponde a la Comisión apreciar si una información es o no necesaria. En la práctica la Comisión puede pedir cualquier información que considere relevante para cumplir con su obligación de asegurar la aplicación del derecho comunitario de la competencia -asuntos 27/88 Solvay c. Comisión (1989); asunto 374/87 Orkem c. Comisión (1989)⁵⁰, aunque todavía existe discusión en relación con los casos cuando la información puede llevar a autoincriminación⁵¹. Creo que en este caso la empresa se puede negar a ofrecer la información solicitada. Una empresa no se puede negar a dar información en base a que

⁴⁹ Fernández López, J.M. “Los juzgados de lo mercantil ante el derecho comunitario de la competencia” en Casés, L.(dir.) “Anuario de la competencia 2003”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p.170.

⁵⁰ Bellamy C. y Child, Gr. “Derecho de la competencia en el Mercado Común”, op. cit., p.680.

⁵¹ Korah, V. “An Introductory Guide...”, op. cit. p.223.

no sea "necesaria", aunque el Tribunal de Justicia puede decidir si la petición de información es excesiva.

Se debe insistir en que los destinatarios de las peticiones son empresas cuya conducta se está investigando, pero la Comisión puede asimismo solicitar información de empresas que no son "sospechosas" de infracción alguna o sobre períodos anteriores a la adhesión de un Estado miembro a la Comunidad. – asunts ac. 97 a 99/ 87 Chemical Ibérica c. Comisión (1989) Rep. 3165.

1.2. Investigación por sectores económicos y por tipos de acuerdos.

Estas facultades de la Comisión no han sido bien reglamentadas en el Reglamento N 17/ 1968 y tampoco se han utilizado frecuentemente. Con el nuevo Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de noviembre de 2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado se ha pretendido reforzar los poderes de investigación de la Comisión sobre todo en relación con la “evolución de los intercambios de los Estados – miembros” (art.17.1 del Reglamento N 1/2003) y los procesos de ampliación de la Unión Europea. Se trata, en efecto, de una auténtica investigación general de un sector determinado de la economía o de un tipo de acuerdos comunes a diversos sectores económicos⁵². En estos casos se analizan sectores económicos que, a la vista de la Comisión, no están suficientemente abiertos a la competencia⁵³ (por ejemplo el sector de los seguros, el sector bancario, el transporte marítimo y aéreo, la energía⁵⁴). Pero la razón principal para la modernización en este área es que la supresión del sistema de notificaciones reduce significativamente la información sobre el Mercado comunitario que llega a la Comisión⁵⁵. Así, por esta vía, la Comisión ha adquirido más facultades con objeto de supervisar los mercados.

Son tres los requisitos alternativos para que la Comisión pueda proceder a una investigación general en un sector determinado o en un tipo concreto de acuerdos comunes a diversos sectores económicos (art. 17.1 Reglamento (CE) nº 1/2003):

- la evolución de los intercambios entre los estados miembros,

⁵² Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación...”, op.cit., p.409.

⁵³ Creus, A. y Amador, O. “Procedimiento administrativo ante la Comisión...”, op. cit. p.760.; asimismo el discurso de la actual comisaria de competencia Kroes, N. “Regulating for Competition and Growth”, 17.02.2005, www.europa.eu.int/comm/speeches y discurso de Kroes, N. de 06.06.2005, www.europa.eu.int/comm/speeches.

⁵⁴ Discurso de Lowe, Ph., Director general de la DG Competencia de 25.01.2005, www.europa.eu.int/comm/speeches.

- la rigidez de los precios,
- otras circunstancias

En el curso de la investigación la Comisión puede requerir de las empresas o asociaciones de empresas de que se trate la información necesaria para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, efectuar inspecciones y solicitar que se le comuniquen todos los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas (art. 17.1. Reglamento N 1/2003). Es decir, puede realizar otras funciones de investigación paralelamente a esta facultad suya. La Comisión puede publicar un informe sobre los resultados de dichas investigaciones y puede solicitar a las partes interesadas que le remitan sus observaciones.

1.3. Poderes de la Comisión en materia de inspecciones⁵⁶.

Según el art. 20.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003, la Comisión puede proceder a "cuantas inspecciones sean necesarias" en las empresas o en las asociaciones de empresas. Esto permite una actividad multidimensional, que pueda llevar al descubrimiento de infracciones, incluso por sorpresa. Asimismo, se especifican las facultades concretas del personal y de este modo, según Gil Ibáñez⁵⁷, la Comisión ve incrementados sus poderes en dicha materia.

1.3.1. Facultades de los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión (art. 20.2 del Reglamento (CE) n° 1/2003).

En comparación con el Reglamento N 17/1968 los agentes de la Comisión poseen más facultades, explícitamente reglamentadas en el Reglamento (CE) N 1/2003:

- e) acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas,
- f) examinar los libros y cualquier otra documentación profesional, cualquiera que sea su soporte material,
- g) hacer y obtener copias o extractos,
- h) colocar precintos en cualquiera de los locales y libros o documentación de la empresa durante el tiempo y en la medida necesarias para la inspección,

⁵⁵ Montag, F. y Cameron, S. "Effective Enforcement: the Practitioner's View of Recent Experiences under Regulation 1/ 2003" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

⁵⁶ En general Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit. pp.224 – 228; Creus ,A. y Amador, O. "Procedimiento administrativo ante la Comisión...", op. cit., pp.763 – 765; Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. "Procedimiento...", op.cit., pp.410-411.

⁵⁷ Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.124.

- i) solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas, explicaciones sobre hechos o documentos relativos al objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

Creo que dicha reglamentación de las facultades del personal, además de establecer unos poderes amplios del personal de la Comisión, preserva las investigaciones de arbitrariedad en las actuaciones de dichos agentes, estableciendo límites en el ejercicio de sus actuaciones.

La novedad que introduce el Reglamento (CE) nº 1/2003 es la posibilidad de los agentes y las personas acreditados por la Comisión de realizar sus tareas en el territorio de cualquier estado miembro, previa presentación de un mandamiento escrito (art. 20.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003) o una decisión de la Comisión. Se trata de una importante facultad que permite adquirir pruebas en todo el territorio de la Unión Europea, ampliándose de este modo las facultades de investigación de la Comisión.

Como he señalado, los funcionarios acreditados por la Comisión pueden actuar en virtud de un mandato de la Comisión misma o mediante una decisión formal. Dichos actos deben de indicar el objeto, la finalidad de la inspección y las sanciones previstas en el art. 23 del Reglamento (CE) nº 1/2003. La diferencia entre el mandato y la decisión consiste en sus efectos respecto a las empresas y asociaciones de empresas. La empresa se puede oponer a someterse voluntariamente a la inspección por mandato. En tal caso es probable que la Comisión adopte una decisión formal para investigar – asunto 53/85 AKZO I c. Comisión (1986), Rep.2585. La decisión es recurrible ante el Tribunal de Justicia. En el caso de los mandatos, la Comisión debe advertir de la inspección a la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio se va a llevar a cabo la misma (art. 20.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003) ; las decisiones se pueden tomar después de consultar la autoridad de competencia del respectivo Estado miembro(art. 20.3 del Reglamento N 1/2003).De aquí se presume que la autoridad de competencia del Estado- miembro no tiene la posibilidad de oponerse a tal inspección.

1.3.2. Asistencia a la inspección por parte de los Estados- miembros.

Los agentes autorizados por la autoridad de competencia del Estado miembro deberán prestar activamente asistencia a las personas acreditadas por la Comisión (art. 20.5 del Reglamento (CE) nº 1/2003). Cuando se constate que una empresa se opone a la inspección, el Estado miembro prestará la asistencia necesaria requiriendo si es preciso la acción de la policía o de una fuerza pública equivalente(art.20.6 del Reglamento nº 1/2003).Se trata de una obligación del Estado miembro de prestar toda

su asistencia en las investigaciones de la Comisión. Sin embargo, si la normativa nacional requiera un mandamiento judicial, la Comisión debe formular la correspondiente solicitud (art. 20.7 Reglamento (CE) nº 1/2003. El juez nacional debe verificar la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas contempladas no son arbitrarias ni desproporcionadas en relación con el objeto de la inspección⁵⁸. El art. 20.8 del Reglamento (CE) nº 1/2003 determina que el juez nacional no puede poner en cuestión la necesidad de proceder a la inspección, ni la legalidad de la misma, porque esta competencia corresponde al Tribunal de Primera Instancia – según la Sentencia en el asunto C-94/ 00 Roquette Freres(2002) de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia “se desprende que el órgano jurisdiccional nacional competente, al realizar el examen, no puede sustituir por la suya propia, la apreciación por la Comisión acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas, ya que las valoraciones de hecho y de derecho de la Comisión sólo están sometidas al control de los órganos jurisdiccionales comunitarios”⁵⁹, ni tampoco puede exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión. De este modo se centralizan los poderes de la Comisión en materia de investigaciones.

1.3.3. Inspección en otros locales, incluido el domicilio particular.

En el Reglamento N17/1968 no se contemplaba la posibilidad de inspecciones en un domicilio particular⁶⁰. El nuevo Reglamento (CE) nº 1/2003 prevé que si existe sospecha razonable que en cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas se hallen libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección y si estos libros o documentos puedan servir para demostrar una infracción grave del art. 81 u 82 del TCE, la Comisión puede ordenar la inspección en dichos locales (art. 21.1 Reglamento (CE) nº 1/2003). Así, las inspecciones ahora se extienden a domicilios privados, por la posibilidad de que en estos domicilios locales privados o medios de transporte se encuentren pruebas inculpatórias en forma de documentos, pertenecientes

⁵⁸ En relación con los poderes de los juzgados nacionales en relación con la asistencia a la Comisión ver Wainright, R. “Application of EC Competition Rules by National Courts” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005, Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

⁵⁹ Pascual y Vicente, J. “La nueva política comunitaria europea de control de conductas y su repercusión en España” en Casés, L.(dir.) “Anuario de la competencia 2003”, ed.Marcial Pons, 2004, p.141; Concepción Rodríguez, J.L., Bayón Cobo, R.G. y Rodríguez Vega, L. “Coordinación entre las tribunales, la Comisión y las autoridades nacionales en la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE” en Garrido Espá, L.(dir.) “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento(CE) N 1/ 2003”, ed.Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p.215.

a las empresas. La inspección se puede ordenar mediante decisión que debe precisar el objeto y la finalidad de la inspección, la fecha de su comienzo y el derecho de recurrir la decisión ante el Tribunal de Justicia. La decisión debe expresar los motivos en que se basa la sospecha. La Comisión ha de consultar previamente la autoridad de competencia del respectivo Estado miembro y está obligada a solicitar un mandamiento judicial de un juez nacional del Estado miembro. El juez nacional debe de verificar:

- la autenticidad de la decisión de la Comisión,
- que las medidas coercitivas que se proponen no son arbitrarias ni desproporcionadas, teniendo en cuenta:
 - (a) la gravedad de la presunta infracción
 - (b) la importancia de las pruebas buscadas
 - (c) la participación en la infracción de la empresa
 - (d) la probabilidad razonable de que los documentos - objeto de inspección se conserven en los locales para los que se solicita el mandamiento judicial.

El juez nacional no puede poner en cuestión la necesidad de proceder a la inspección ni exigir que se le facilite la información del expediente de la Comisión (art. 21.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003). De esta forma el Reglamento N 1/ 2003 ha dotado con mayores poderes a la Comisión a la hora de llevar a cabo inspecciones.

1.4. Poderes de recabar declaraciones.

Toda persona física o jurídica puede ser entrevistada por la Comisión en relación con el objeto de una investigación. Se trata de una facultad abierta que, según Adrián Arnaiz y Quijano González⁶¹, parece funcionar a solicitud de la Comisión o por voluntad espontánea del interesado. Dichos autores consideran que a esta declaración se pretende dar un valor de testimonio de terceros, con objeto de recabar más información adicional, pues a los directamente afectados ya se les solicita información vía art. 18 del Reglamento N 1/ 2003.

En caso de que la entrevista se realiza en los locales de la empresa, la Comisión debe informar a la autoridad de competencia del respectivo Estado miembro y esta autoridad puede ofrecer su asistencia (art. 19 del Reglamento (CE) nº 1/2003), pero esta asistencia se puede efectuar únicamente previa solicitud por parte del Estado miembro.

⁶⁰ Véase Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.125.

⁶¹ Véase Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación...”, op.cit., p.411; a este respecto asimismo Fernández López, J.M. “Los juzgados de lo mercantil...”, op.cit., p.170.

1.5. Poderes para imponer multas sancionadoras y coercitivas en la fase de investigación.

Como es sabido, las multas sancionadoras castigan un comportamiento ilícito realizado, mientras que la multa coercitiva sanciona la persistencia de una actividad infractora o un retraso en el cumplimiento de las decisiones de la Comisión⁶².

La Comisión puede imponer sanciones, que no tienen carácter penal, mediante decisión en los casos cuando una empresa deliberadamente o por negligencia:

- a) presente información inexacta o engañosa en respuesta a una solicitud de información (art. 23.1 a) del Reglamento nº 1/2003)
- b) proporcione información inexacta, incompleta o engañosa en respuesta de una decisión adoptada conforme al art. 17 ó 18.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 (art. 23.1.b) del Reglamento (CE) nº 1/2003) o si no se le facilite la información en el plazo fijado.
- c) Además la empresa o asociación de empresas pueden ser multadas si presentan “de manera incompleta... los libros u otros documentos profesionales requeridos o no se sometan a las inspecciones ordenadas mediante decisión” (art. 23.1 c) del Reglamento N 1/2003)
- d) La empresa puede ser sancionada también en otros tres supuestos en virtud del art. 23.1, e) del Reglamento (CE) nº 1/2003, cuando en respuesta de una pregunta planteada:
 - se da una respuesta inexacta o engañosa,
 - no se rectifica una respuesta incorrecta, incompleta o engañosa dada por un miembro del personal dentro de un plazo establecido por la Comisión,
 - se omiten hechos o se niega de dar una respuesta completa sobre hechos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección ordenada por decisión de la Comisión,
- e) se pueden imponer multas cuando se rompen los precintos colocados por los agentes o sus acompañantes habilitados por la Comisión.

En todos los casos citados las multas no pueden superar el 1% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

Se puede observar una multitud de supuestos para la imposición de sanciones en la fase de investigación, lo que garantiza el cumplimiento de los requerimientos de

⁶² A este respecto ver Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación...”, op.cit., p.411- 414.

información por parte de la Comisión: el legislador ha optado por un esquema de maximización de la eficacia en el cumplimiento de las decisiones de la Comisión en dicha materia.

Asimismo, según el art. 24 del Reglamento (CE) nº 1/2003 se pueden imponer **multas coercitivas** con el fin de obligar a las empresas:

- a proporcionar de manera completa y exacta la información solicitada por la Comisión mediante decisión,
- a someterse a una inspección ordenada mediante decisión.

Las multas coercitivas no pueden superar 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir de la fecha que se fije en la decisión.

Como se ha subrayado, este tipo de multas constituyen una sanción económica con objeto de obtener el cumplimiento efectivo e inmediato de la decisión y cumplen una tarea importante en el área de competencia por el hecho que una incumplimiento en materia de investigaciones puede asegurar la persistencia de un abuso de mercado, que puede tener graves efectos sobre el sistema competitivo.

Las sanciones se van a analizar detalladamente más adelante en el trabajo, pero hay que advertir que en comparación con el Reglamento N 17/ 1968 se han incrementado sustancialmente tanto las multas sancionadoras como las coercitivas(Reglamento N 1/ 2003)⁶³.

1.6. Derechos de los afectados.

1.6.1. Secreto profesional⁶⁴ y acceso al expediente⁶⁵.

La información obtenida por la Comisión en mérito de los arts. 17 y 22 del Reglamento (CE) nº 1/2003 sólo se puede utilizar para el fin para el que ha sido solicitada (art. 28.1 del Reglamento nº 1/2003). No obstante, el art.27.2 del Reglamento

⁶³ Pascual y Vicente, J. “la nueva política comunitaria europea...”, op.cit., p.141.

⁶⁴ Según Wainright, R. “Application of EC Competition Rules...”, op. cit. – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences.el secreto profesional se interpreta como información confidencial relativa a los secretos de negocios.

⁶⁵ Para un análisis más detallado ver Sopeña Blanco, V. “El derecho de acceso al expediente en el derecho comunitario de la competencia” en Ortiz Blanco, L. “Derecho de la competencia europeo y español”, ed. Dykynson, Madrid, 1999, pp.323 – 348 en relación con la Sentencia del TPI de 18 de diciembre de 1992, asuntos acumulados T 10, 11, 12/92, T15/ 92 Cementerías CBR y otros c. Comisión, Rep.II – 2667., asimismo León Jiménez, R. “Los derechos fundamentales de las empresas en el procedimiento de competencia comunitario” en Ortiz Blanco, L. “derecho de la competencia europeo y español”, ed. Dykynson, Madrid, 1999, pp. 135 – 138 y Creus, A. y Amador, O. “Procedimiento administrativo ante la Comisión...”, op. cit. pp.771 – 773.

N 1/ 2003 dispone que la Comisión puede utilizar y difundir informaciones para demostrar una infracción. En palabras de Gil Ibáñez esta previsión no hay que entenderla como una patente de corso, puesto que no siempre el fin justifica los medios y el perjuicio que se puede causar por la publicidad de ciertos datos puede exceder los efectos de la supuesta infracción⁶⁶. En mi opinión, la Comisión debe evaluar caso por caso y con máxima precaución los efectos de estas divulgaciones. El mismo Reglamento impone la obligación a todos los funcionarios de la Comisión y de las autoridades de competencia de los Estados miembros de no divulgar la información que hayan recopilado o intercambiado y que por su naturaleza esté amparada por el secreto profesional⁶⁷ (art. 28.2 del Reglamento N 1/ 2003).

La Comisión no puede revelar "secretos de negocios" a un competidor ni a nadie - asunto 53/85 AKZO I c. Comisión (1986)⁶⁸ Rep. 1965 y asunto 209/78, etc... Van Landewyck c. Comisión (1978) Rep. 3125.

Hay que destacar que el derecho de acceso al expediente, visto desde la perspectiva del art. 27.2 del Reglamento N 1/ 2003, tiene dos límites: no se puede acceder a información de carácter confidencial ni a los documentos internos de la Comisión o de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Es decir, tampoco se puede acceder a las informaciones que intercambian dichas autoridades. Esto debe ser así por las consecuencias negativas que puede tener para las empresas y para el mercado en su conjunto la divulgación de información perjudicial.

1.6.2. Derecho de no autoincriminación.

Según Bellamy y Child⁶⁹ "no existe en derecho comunitario la posibilidad de que una empresa se niegue a facilitar documentos que la incriminen durante el curso de una investigación o en respuesta a una petición de información, en base a que por ello se expondría a la posibilidad de ser multada en virtud del derecho comunitario". Sin embargo, en las Sentencias Orkem, asunto 374/87, Orkem c. Comisión, (1989), Rep. 3283 y en el asunto T - 30/ 91, Sentencia del TPI de 29 de junio de 1995, Solvay c.

⁶⁶ Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.138.

⁶⁷ Más sobre el tema se puede leer en Gauer, C. "Due Process in the Face of Divergent National Procedures and Sanctions" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

⁶⁸ El procedimiento mediante el cual un documento o información confidencial puede ser puesto en conocimiento de los denunciantes por la Comisión fue desarrollado en la sentencia del Tribunal de Justicia, asunto 53/85 AKZO c Comisión I (1986), Rep.1965: El Tribunal de Justicia consideró que la decisión de la Comisión para comunicar a terceros determinados documentos es independiente de la decisión que pone fin al procedimiento y que es separable de ella. Por todo esto debe ser considerada una decisión a efectos de recurso en virtud del art. 230 TCE.

⁶⁹ Bellamy, C. y Child, Gr. "Derecho de competencia en el Mercado Común", op. cit., p.690.

Comisión, Rep. II – 1779, el Tribunal de Justicia admitió que los derechos de defensa, reconocidos a las empresas no permitían que la Comisión impusiese a éstas la obligación de admitir sus propias infracciones⁷⁰.

No obstante, creo que las cláusulas de exculpabilidad, introducidas con la **Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel (DOCE, C45, 19.02.2002)** dan posibilidad a las empresas de revelar información de acuerdos con otras empresas, aunque esto pueda llevar a la autoincriminación de las mismas.

En resumen se puede concluir que para la realización de sus tareas de constatación de infracciones e imposición de sanciones, pero asimismo con objeto de asegurar la consecución de los fines de la política de competencia en Europa, la Comisión cuenta con amplios poderes de investigación; poderes, que se han venido ampliando con el transcurso de los años de igual modo que la ampliación de poderes de investigación de la Federal Trade Commission de los EE.UU. Se puede constatar asimismo una aproximación de los medios de investigación de las dos instituciones.

2. PODERES EJECUTIVOS DE LA COMISIÓN EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

2.1. Visión general.

Como se ha subrayado anteriormente la Comisión tiene un papel importante para la aplicación del Derecho Comunitario y es órgano ejecutivo de la Comunidad Europea. Más adelante se van a analizar asimismo el lugar que ocupan las autoridades nacionales de defensa de la competencia en relación con la ejecución del derecho comunitario de la competencia. Jones y Sufrin⁷¹ y otros autores entienden la ejecución por parte de la Comisión como una potestad con dos niveles:

- la investigación y toma de decisiones respecto a las prácticas anticompetitivas no notificadas,
- autorizaciones y declaraciones negativas respecto a las prácticas notificadas

⁷⁰ León Jiménez, R. "Los derechos fundamentales de las empresas en el procedimiento...", op. cit., pp.133 – 134.

⁷¹ Jones, A. y Sufrin, B. "EC Competition Law: text, cases and materials", Oxford University Press, 2001, p.850.

Puesto que por medio del nuevo Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado se suprimen las notificaciones y autorizaciones, solo se va a analizar el primer nivel.

Con el propósito de explicar las razones que llevaron a dicho cambio en los poderes ejecutivos de la Comisión se va a hacer la siguiente breve introducción:

Ha de recordarse que el Reglamento N17/1968 se basaba en la aplicabilidad directa del art. 81.1 TCE y del art. 82 TCE en su totalidad. Tanto la Comisión como las autoridades y tribunales nacionales los aplicaban paralelamente, pero únicamente la Comisión era competente para aplicar el art. 81.3 del TCE, por medio de las decisiones individuales o a través de la facultad, delegada por el Consejo de dictar Reglamentos de exención por categorías (las autoridades y tribunales han resuelto pocos expedientes en el ámbito del art.81.1 y 82 hasta la entrada en vigor del Reglamento N 1/2003). De este modo todos los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia para los que se necesitara exención en virtud del art. 81.3 TCE debían ser previamente notificadas a la Comisión. Este sistema se ha considerado poco efectivo a la luz de los procesos actuales de integración y ampliación de la Unión Europea y el mes de abril del año 1999 se publicó el Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 (81) y 86 (82) del TCE⁷². El incremento de casos a analizar ha sido tal que para la Comisión no era fácil hacer cumplir las normas de competencia en la Unión Europea y la autoridad comunitaria no podía centrar sus recursos en la persecución de las infracciones más graves⁷³. Además, el incremento de notificaciones⁷⁴ (entre ellas de casos de menor importancia) llevaba a que la Comisión no fuera capaz siempre de emitir una decisión formal por cada notificación presentada y enviaba al notificante una carta informal⁷⁵ por la que se declaraba la aparente inexistencia de conducta

⁷² Programa de la Comisión N 99/027, Bruselas, 28.04.1999.

⁷³ Pascual y Vicente, J. "La nueva política comunitaria europea...", op.cit., pp.122-123; Ferrer Ramírez, R. "Modernización de la aplicación del derecho comunitario de la competencia: hacia un nuevo reglamento de procedimiento" en "Derecho de la competencia europeo y español", vol. III, Ortíz Blanco, L., ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 97; según Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit. p.206 y Monty, M. "The EU Gets a New Competition Powers for the 21 Century", www.europa.eu.int/comm/ speeches, con el Nuevo Reglamento N 1/ 2003, la Comisión podría dedicar sus recursos a:

- los cárteles internacionales
- las ayudas de Estado
- las conductas de las empresas públicas con derechos especiales y exclusivos

⁷⁴ Véase a este respecto Gil Ibáñez, J. L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., pp.113- 116.

⁷⁵ Para un análisis de los procedimientos informales de la Comisión, basado en el antiguo Reglamento de procedimiento N 17/68: Ortiz Blanco, L. "El Procedimiento en Derecho de la Competencia Comunitario", ed. Civitas, Madrid 1994, p.80.

anticompetitiva y cuyos efectos jurídicos se han discutido en varias ocasiones. Otra deficiencia del sistema de notificación previa era el perjuicio que suponía para los intereses de la empresa, puesto que incrementaba la inseguridad jurídica y los costes de cumplimiento de los acuerdos adoptados al depender su puesta en práctica de su posterior autorización. Además el sistema de notificaciones ha permitido que algunas empresas se beneficiaran fraudulentamente paralizando la actuación de las autoridades y tribunales nacionales hasta que la Comisión se pronunciara sobre el acuerdo o práctica notificada⁷⁶.

Desde otra perspectiva, hay que advertir que el punto 3⁷⁷ de la Exposición de Motivos del Reglamento N 1/ 2003 pone de relieve que la razón fundamental para la sustitución del Reglamento N 17/ 1968 es que el mismo ya no estaba en condiciones para garantizar los objetivos básicos del TCE: por una parte, asegurar una supervisión eficaz del sistema comunitario de defensa de la competencia; y por otra parte, simplificar en lo posible el control administrativo. Creo que la clave para entender los propósitos de este cambio del sistema es la primera razón, es decir, la amenaza de pérdida de control sobre el sistema comunitario de defensa de la competencia, sobre todo, después de la última ampliación de la Unión Europea. Como se verá más adelante, la descentralización garantiza una organización más efectiva en la asignación de casos, en una misma dirección de la política de competencia en Europa, llevada a cabo por la Comisión⁷⁸ (aunque con algunos problemas iniciales de establecimiento de dicho sistema). La Red de Autoridades Europeas de Defensa de la Competencia, que ya ha empezado a funcionar, tiene como objetivo la localización inmediata e inminente de los infractores y la incoación, asimismo inmediata, de un procedimiento, en plena coordinación con las demás autoridades de la red y bajo la vigilancia de la Comisión. Es un sistema, como ya se ha señalado, muy similar al de los EE.UU, donde existe una red de autoridades de defensa de la competencia, encabezada por la FTC⁷⁹.

⁷⁶ Ferrer Ramírez, R. "Modernización de la aplicación...", op. cit., p. 98; Pascual y Vicente, J. "La nueva política...", op.cit., p.129.

⁷⁷ Véase asimismo el punto 2 de la Exposición de Motivos del mismo Reglamento.

⁷⁸ Véase STJCE, asunto C- 344 Masterfoods(2000), según la cual la Comisión es la institución responsable de definir y ejecutar las orientaciones de la política comunitaria de la competencia.

⁷⁹ Véase Parada Vázquez, R. "El sistema garantizador del derecho de defensa de la competencia" en Garrido Espá, L.(dir.) "La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento(CE) N 1/ 2003", ed.Consejo General del Poder Judicial, madrid, 2005, p.120.

De este modo se refuerza el papel predominante de la Comisión en la fijación de la política comunitaria de la competencia⁸⁰: la Comisión se constituye en el eje principal del nuevo sistema de aplicación del derecho comunitario de la competencia, reservándose la represión, mediante decisión, de las infracciones más graves, sin perjuicio de la facultad de seguir adoptando Reglamentos de exención, estableciendo compromisos con empresas, adoptando medidas cautelares... Como se ha señalado, aumentan los poderes de investigación y verificación de las infracciones (arts. 17- 22 del Reglamento N 1/ 2003) en comparación con el Reglamento N 17/ 1968 y en resumen, la Comisión se establece como el centro de la red de cooperación para lograr la uniformidad y coherencia en la aplicación de las normas comunitarias de defensa de la competencia y, en mi opinión, sobre todo con objeto de reforzar el papel de vigilancia y supervisión del mercado comunitario, que cumple la Comisión.

El nuevo Reglamento (CE) nº 1/2003 introduce un sistema de excepción legal directamente aplicable⁸¹ que opta por la aplicabilidad directa del art. 81 TCE y el art. 82 en su totalidad, tanto por la Comisión, como por las autoridades y tribunales nacionales⁸². Es decir, de un sistema de prohibición con autorización previa, se ha pasado a un modelo de excepción legal⁸³. Las empresas deben evaluar por sí mismas su comportamiento y de este modo dejan de existir las notificaciones de acuerdos y prácticas prohibidas, las decisiones que conceden exenciones individuales y las declaraciones negativas para los acuerdos o prácticas notificadas. Coincido con Garrido Espá al afirmar: “se ha pasado de un sistema de control previo a un sistema de control a posteriori, en que el art. 81 aparece como regla de la razón, que contiene los principios para realizar (por las propias empresas) una evaluación de los aspectos pro-

⁸⁰ Garrido Espá, L. “Los Tribunales del orden civil y el Reglamento N 1/ 2003” en en Garrido Espá, L. (dir.) “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento (CE) N 1/ 2003”, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 73.

⁸¹ Será conveniente recordar, que cuando se elaboraba el Tratado de Roma, se planteó el problema de las excepciones a la prohibición de los acuerdos colusorios y así se ha elaborado el texto del art. 81.3 TCE. Se debatieron los partidarios del régimen de autorización (Alemania) y los de la excepción legal (Francia). El texto era una solución de compromiso, con una redacción ecléctica, que permitía ambos modelos, pero a la hora de redactar el Reglamento de procedimiento los debates se reprodujeron; la delegación francesa recibió instrucciones de ceder frente a las pretensiones de Alemania (a cambio de contraprestaciones sobre la PAC) y el Reglamento N 17/ 1968 incorporó el sistema de autorización.- véase Berenguer Fuster, L. “Sistema de defensa de la competencia”, ed. Alternativas, Madrid, 2004, p. 21.

⁸² Garrido Espá, L. “Los Tribunales del orden civil y el Reglamento N 1/ 2003” en en Garrido Espá, L. (dir.) “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento (CE) N 1/ 2003”, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 70-71.

⁸³ Galán Corona, E. “Notas al Reglamento 1/2003 de aplicación...”, op. cit., pp. 499- 525; Pascual y Vicente, J. “La nueva política comunitaria...”, op. cit., p. 131; véase asimismo Bailey, D. “Scope of Judicial Review under art. 81.1 EC”, CMLR, vol. 41/ 5, p. 1327; Schaub “Modernization of ECC Law: Reform of Regulation N 17/ 68”, 23 Fordham Int. L.J. (2002), p. 1355.

competitivos y anti- competitivos de un determinado acuerdo y posteriormente y en su caso, por las autoridades y/ o órganos jurisdiccionales nacionales”⁸⁴.Aquí ofreceré asimismo la interpretación de Adrián Arnaiz y Quijano González de este nuevo principio, consagrado en el Reglamento N 1/ 2003⁸⁵:

Se considera que los apartados 1 y 2 del art.1 del mismo Reglamento configuran sucesivamente la prohibición y la exepción como una consecuencia directa y general de la legalidad concurrencial.Así, el modelo de “excepción legal” se manifiesta en un “principio de legalidad genérica” donde la existencia de la prohibición depende no sólo de que en el supuesto se den las circunstancias previstas en el art.81.1, sino también, y a la vez, de que no se den las del art.81.3.Es decir, el “principio de legalidad genérica” depende de la existencia cumulativa de los dos requisitos siguientes:

- los hechos que condicionan la ilegalidad(art.81.1),
- la exención(art.81.3)

Ni para el primer caso(la prohibición), ni para el segundo(el levantamiento de la prohibición mediante exención) es necesaria decisión previa, pero no es así en el caso del art.82, donde no existe la posibilidad de exención.En el Reglamento N 17/ 1968 la prohibición del art.81.1 TCE derivaba de la Ley, mientras que la exención derivaba de una autorización singular o genérica(Reglamento de exención) de la Comisión.Ahora, respecto al mismo artículo, la exepción también deriva de la ley igual que la prohibición y ambas actúan conjuntamente.

Se debe apuntar que las decisiones de exención existentes dejarán de tener validez desde la fecha de expiración de las mismas (art. 43 del Reglamento (CE) nº 1/2003).

De este modo se sigue, una vez más, el sistema estadounidense -"ex post enforcement" versus "ex ante enforcement": la experiencia en los EE.UU. ha demostrado que la denuncia y la persecución de las infracciones es más eficaz que el sistema de notificación⁸⁶.El nuevo patrón, establecido en el Reglamento N 1/ 2003 estabiliza y expande los poderes ejecutivos de la Comisión en una Unión Europea ampliada, centrándose la autoridad comunitaria en las infracciones más graves y en la dirección y coordinación de las actividades de las autoridades de defensa de la competencia de los Estados- miembros, estableciendo las orientaciones de la política de competencia comunitaria.

⁸⁴ Garrido Espá, L. “Los Tribunales del orden civil y el Reglamento N 1/ 2003”, op.cit., p.74.

⁸⁵ Adrián Arnaiz, A.j. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación...”, op.cit., pp.401-413.

⁸⁶ Ver Galán Corona, E. “Notas al Reglamento 1/2003 de aplicación...”, op. cit., p.512.

2.2. Las Decisiones respecto a las prácticas anticompetitivas.

El art. 7 del Reglamento (CE) nº 1/2003 faculta a la Comisión para obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas a poner fin a infracciones. La decisión contiene las características de un acto administrativo singular⁸⁷ que tiene carácter vinculante en su totalidad para sus destinatarios – las decisiones son “obligatorias en todos sus elementos” (art. 249 del TCE). Aunque solo poseen carácter individual, las decisiones constituyen precedentes de gran importancia, puesto que la Comisión raras veces se aparta de ellas. En este sentido, en el asunto 19/77 Miller c. Comisión (1978), el Abogado General Warner criticó la opinión de la Comisión, según la cual los operadores económicos de la Unión Europea deberían conocer sus decisiones en los casos individuales⁸⁸. En opinión de algunos autores⁸⁹, la decisión es un acto individual que carece de carácter general, pero su carácter vinculante supone reconocer, que sus efectos trascienden a sus destinatarios, lo que no hace sino incidir en su carácter normativo.

Las decisiones de la Comisión deben ser publicadas, incluyendo el contenido principal de la decisión y los nombres de las partes. Cuando la Comisión tenga un interés legítimo puede asimismo emitir una decisión declarativa condenando un acuerdo o práctica por pasada comisión de infracción de los arts. 81 y 82 (art. 7 del Reglamento (CE) N 1/ 2003). La Comisión puede estar interesada en tal declaración cuando es importante clarificar una cuestión de derecho- Decisión de 30 de julio de 1992 Scottish Salmon Board, o cuando existe un peligro que la empresa vuelva a cometer dicha infracción- asunto 7/82 GVL c. Comisión (1983) o para establecer la base jurídica para una acción de daños y perjuicios por las víctimas de la infracción- Decisión de 19 de diciembre de 1984 Importaciones de aluminio de Europa del Este.⁹⁰ El nuevo Reglamento introduce las así llamadas decisiones positivas de no infracción, cuando el interés público de la Comunidad lo requiera -art. 10 del Reglamento (CE) nº 1/2003. Según Ferrer Ramírez⁹¹ las decisiones positivas difieren significativamente de las decisiones de exención conforme con el art. 81.3 del TCE, porque estas últimas

⁸⁷ En este sentido Ballesteros Moffa, L. A. “La delimitación de las funciones normativa y administrativa en el orden comunitario. En particular, la decisión”, Revista de Derecho Comunitario N 9, enero – junio 2001, pp.303 – 320; Ortiz Blanco, L. “El Procedimiento...”, vol I, op. cit., p.63.

⁸⁸ Waelbroeck, M y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., p.4.

⁸⁹ Rodríguez, J.L., Bayón Cobo, R.G. y Rodríguez Vega, L. “Coordinación entre los tribunales...”, op.cit., p.217.

⁹⁰ Waelbroeck, M y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., p.535.

crean derechos con efecto "erga omnes" por toda la duración de la decisión con independencia de que se produzca un cambio sustancial de los hechos.

La Comisión aprueba sus decisiones después de un procedimiento que se ha incoado de oficio o a instancia de las partes (por denuncia).

El Reglamento N 1/2003 da la posibilidad de la Comisión de imponer cualquier remedio estructural o de comportamiento a las empresas y asociaciones de empresas que sea necesario para producir el cese efectivo de la infracción⁹² : considero que este principio es una clara repercusión del derecho antitrust norteamericano. Los remedios estructurales (como una mayor intervención) sólo se pueden imponer en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando éstos resulten más gravosos para la empresa en comparación con el remedio estructural (art. 7 del Reglamento (CE) nº 1/2003). Como se ha señalado en la parte sobre las autoridades antitrust de los EE.UU, la razón que explica este hecho es que los remedios estructurales pueden producir desequilibrios y distorsiones del mercado.

En materia de defensa de la competencia existen varios tipos de decisiones, que básicamente se pueden dividir en decisiones de fondo y decisiones de procedimiento⁹³: entre las decisiones de fondo cabe distinguir las decisiones favorables (por ejemplo la decisiones positivas del art.10 del Reglamento N 1 /2003) y las desfavorables – decisiones de medidas provisionales, las decisiones de infracción, las decisiones de retirada del beneficio de una exención por categorías. Entre las decisiones de procedimiento se pueden distinguir las decisiones de adquirir información, las decisiones de imponer multas o multas coercitivas en la fase de investigación.

2.2.1. Decisiones de constatación y cese de las infracciones (medidas de comportamiento)- estas decisiones son en la mayoría de los casos efectivas de inmediato. La Comisión puede además, ordenar a las partes que se abstengan en el futuro de conductas similares o de abstenerse de firmar acuerdos de efectos analógicos – asunto 86/82 R Hasselblad c. Comisión(1982).

Como ya se ha señalado, la Comisión puede, junto con la decisión, imponer cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado o necesario para producir el cese de la infracción: por ejemplo la Decisión de 10 de noviembre de

⁹¹ Ferrer Ramírez, R. "Modernización de la aplicación...", op. cit., p.100.

⁹² Ver a este respecto Pascual y Vicente, J. "La nueva política...", op.cit., p.136 y Martínez Lage, S. "Cambio de cultura: aprobada, al fin, la reforma de las normas de aplicación de los arts.81 y 82 TCE", GJUEC N 223, enero- febrero, 2003, p.9.

⁹³ Ortiz Blanco, L. "El Procedimiento...", vol I, op. cit., pp. 86 – 88.

1992 Gillette(DO L 116 de 12 de mayo de 1993), en cuya virtud la Comisión obligó a la empresa a poner fin a la infracción, deshaciéndose de la participación que tenía en otra⁹⁴.

En palabras de Waelbroeck y Frignani⁹⁵, tal como resulta del término “podrá”(empleado asimismo en el art.7.1 del nuevo Reglamento N 1/2003 de procedimiento), la Comisión no está obligada a adoptar una decisión, ordenando el cese de la infracción y dispone, a este respecto, de un amplio poder de apreciación.

Es importante destacar, que cuando las partes han celebrado contratos con terceros en ejecución de la práctica colusoria, sin que dichos contratos estén contemplados en el art.81.1, en caso de que estos contratos con terceros perpetúen los efectos restrictivos de la competencia, causados por la práctica ilícita, la Comisión puede ordenar a las partes dar a los terceros interesados la posibilidad de renegociar los contratos o rescindirlos⁹⁶.

2.2.2.Decisiones para ordenar una actuación determinada (medidas de comportamiento) - en este caso se trata de una obligación de hacer - asuntos 228 y 229/82, Ford c. Comisión(1984), Rep.223.La actuación ordenada puede ser simplemente una obligación de informar a terceros interesados que se ha puesto fin a la infracción - asunto 86/82 R Hasselblad c. Comisión(1982) o de facilitar información a la Comisión - asunto 27/76 United Brands c. Comisión(1976).Bellamy y Child⁹⁷ analizan la decisión Commercial Solvents : asuntos 6/73 y 7/73 Commercial Solvents c. Comisión (1973) Rep. 223, 225 en los que una empresa en posición dominante se negó a suministrar a un cliente (infringiendo así el art. 82 TCE). La Comisión requirió a dicha empresa en posición dominante para que reanudara los suministros en un plazo de 30 días y propusiera un acuerdo que regulara los futuros suministros en el plazo de dos meses tras la decisión de la Comisión. En el recurso (asunto 6 y 7/73 Commercial Solvents c. Comisión (1974) Rep. 223, 225), el Tribunal de Justicia señaló que las decisiones pueden incluir "una obligación de realizar determinados actos o conceder determinadas bonificaciones que hayan sido ilegalmente retiradas, así como prohibir la continuación de determinadas actuaciones, prácticas o situaciones que son contrarias al Tratado".

⁹⁴ En este sentido Gil Ibáñez, J.L “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.120.

⁹⁵ Waelbroeck, M y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., p.534,537.

⁹⁶ *Ibíd*, p.538.

⁹⁷ Bellamy, C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit. , p. 644; sobre el mismo tema ver Waelbroeck, M y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., p.536.

-Facultades de controlar precios - en el caso United Brands la Comisión sostuvo que United Brands había abusado de su posición dominante al imponer precios excesivos y discriminatorios y, sin necesidad de imponer unos precios, supervisó la política de precios de la empresa- asunto 27/76 United Brands c.Comisión (1976) Rep. 207, 342. La Comisión impuso precios mínimos en el asunto ECS/AKZO, DO 1983 L 252/13, y en Tetra Pak II (1992)L72/1(1992)4CMLR 551⁹⁸.

2.2.3. Decisiones para la imposición de multas a las empresas y asociaciones de empresas.

2.2.3.1. Multas coercitivas.

La Comisión podrá, mediante decisión imponer a las empresas multas coercitivas, para asegurar el cumplimiento de su requerimiento de poner fin a una infracción del art. 81 o 82 TCE o para asegurar el cumplimiento de un compromiso, dotado de fuerza vinculante⁹⁹. Se han analizado los casos en que estas multas se imponen para obligar a las empresas a proponer la información solicitada de manera completa y exacta o para obligarlas a que se sometan a la inspección ordenada. Se pueden imponer multas coercitivas además para obligar a las empresas a cumplir una decisión que ordene medidas cautelares. Es importante destacar que la violación del Tratado o de una norma adoptada por su aplicación, no es suficiente para la imposición de la multa coercitiva, sino debe darse un prerequisite: una negativa de someterse a una decisión previa, es decir, a un requerimiento. Así, la función principal de la multa coercitiva es obligar al interesado obedecer a dicho requerimiento y de este modo indirectamente hacer respetar las normas del Tratado, no garantizar directamente el cumplimiento de las normas del Tratado o del Derecho derivado¹⁰⁰. La multa coercitiva no puede superar 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir de la fecha de la decisión (art.24 del Reglamento (CE) n° 1/2003).

La Comisión puede reducir la multa coercitiva por cumplimiento de la obligación que se establece en la decisión (art. 24.2 del Reglamento (CE) n° 1/2003).

⁹⁸ Bellamy, C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit. , p. 645.

⁹⁹ Creus, A. y Amador, O. "Procedimiento administrativo ante la Comisión...", op. cit., p.790.

¹⁰⁰ Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.565.

2.2.3.2. Multas sancionadoras procesales.

Dichas multas se han analizado en el Subtítulo “Poderes de investigación”. Se trata de incumplimiento de los deberes de suministrar información a la Comisión durante el período de investigación.

2.2.3.3. Multas sancionadoras por infracciones sustantivas.

La Comisión podrá, mediante decisión, imponer multas¹⁰¹ a las empresas o asociaciones de empresas de más de 10% del volumen de negocios cuando deliberadamente o por negligencia infrinjan las disposiciones del art. 81 y 82 del TCE, no cumplen una decisión de imposición de medidas cautelares o no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión (art. 23.2 y 23.5 del Reglamento (CE) nº 1/2003). La imposición de la multa es la consecuencia más frecuente de la constatación de una infracción. Las decisiones para imponer las multas no tienen carácter penal¹⁰² (art. 23.5 del Reglamento (CE) nº 1/2003). El objetivo de este tipo de multas es corregir e impedir las infracciones sustantivas.

Pascual y Vicente¹⁰³, como asimismo Galán Corona¹⁰⁴ advierten, que la novedad principal, introducida por el Reglamento N 1/ 2003 respecto a las multas sustantivas, se refiere al establecimiento de una responsabilidad solidaria para las asociaciones de empresas: la Comisión puede exigir el pago de la multa de cada una de las empresas, participantes en la asociación. Así, se ven incrementados los poderes de la Comisión en materia de imposición de sanciones.

En comparación con las multas coercitivas que tienen principalmente carácter compulsivo, en el caso de las multas sancionadoras, el Tribunal de Justicia ha reconocido su carácter punitivo de hechos pasados y disuasivo para el futuro - asuntos 100/80, etc... *Musique Diffusion Francaise c. Comisión* (1980), Rep. 1825,1907, como también su carácter ejemplar.

¹⁰¹ Es importante apuntar, que se han hecho análisis de las sanciones en el derecho antitrust, comparando las ventajas de las sanciones económicas con otras medidas (el encarcelamiento): ver por ej. Rosochowicz P. H.,

“The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law”, ECLR vol.25, N 12/2004, pp.752 – 757.

¹⁰² Korah, V. “An Introductory Guide...”, op. cit. p.239; Waelbroeck, M y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., p.545; Peña Castellet, M.A. “Política sancionadora de la Comisión Europea en el ámbito de la competencia desde la segunda mitad de la década de los años –90” en Ortiz Blanco, L. “Derecho de la competencia europeo y español”, vol.III, ed.Dykinson, Madrid, 2002.

¹⁰³ Pascual y Vicente, J. “La nueva política...”, op.cit., p.141.

¹⁰⁴ Galán Corona, E. “Notas...”, op.cit., p.515.

En el Anexo N 2 se dan las multas, impuestas por la Comisión en el período 1995- 2004.

La distinción entre de forma deliberada / por negligencia es relevante para establecer el importe de la multa, pero según Bellamy y Child¹⁰⁵ la práctica de la Comisión para establecer una diferencia clara entre los dos conceptos no es coherente. Los mismos autores afirman que la calificación de una infracción como deliberada requiere "al menos la comisión deliberada de un acto cuyo objeto sea obtener un fin anticompetitivo, o que se ejecuta con el conocimiento de que del mismo resultarán efectos claramente anticompetitivos" - asuntos 100/80 "Musique Diffusion Française c. Comisión (1983) Rep. 1825, 1907; asuntos 96/82, etc... IAZ c. Comisión (1983) Rep. 3369. Creo que la distinción entre infracción deliberada o por negligencia debe ser determinada con mayor exactitud por la Comisión.

Al efecto de fundamentar una infracción deliberada una empresa es responsable por los actos de sus altos cargos - asuntos 100/80" Musique Diffusion Française c. Comisión (1983) Rep. 1825.

Es importante subrayar que no es necesario conocer las disposiciones del Tratado para que exista una infracción deliberada¹⁰⁶ - la ignorancia de la ley o el error respecto a su contenido no impide que la infracción sea deliberada cuando existe una clara intención anticompetitiva - asunto 19/77 Miller c. Comisión (1978) Rep.131, 152, asuntos 32/78 BMW c. Comisión (1979) Rep. 2435, 2479 - 80¹⁰⁷; asunto T-143/89 Ferriere Nord c. Comisión (1995) ECR II - 917, 41.

Una infracción se comete por negligencia cuando la empresa de que se trate hubiera podido prever razonablemente que su conducta tendría un efecto anticompetitivo del tipo prohibido por el art. 81 u 82 TCE¹⁰⁸. Se puede cometer asimismo una infracción por negligencia cuando la conducta se lleve a cabo de forma accidental.

¹⁰⁵ Bellamy C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit., p. 655.

¹⁰⁶ Ver en este sentido Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., pp.546- 547.

¹⁰⁷ En palabras del Tribunal de Justicia , "las cláusulas en cuestión fueron adoptadas o aceptadas por el recurrente y éste no podía haber sido inconsciente de que tenían como objeto la restricción de la competencia entre sus clientes. Consecuentemente, tiene poca relevancia señalar si el recurrente sabía que estaba infringiendo la prohibición contenida en el art. 81" - cit. por Bellamy C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit., p. 655.

¹⁰⁸ Jones, A. y Sufrin, B. "EC Competition Law: text, cases and materials", op.cit., 2001., p. 903; Según Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.546, la noción de negligencia apenas fue afinada por la jurisprudencia: en ciertos casos, la misma gravedad de la infracción basta para deducir que la empresa ha actuado con negligencia.

Hay que añadir, además, que según la Sentencia del TJCE en el asunto 100 a 103/80 Pioneer c. Comisión(1983), el ánimo deliberado o la negligencia no deben ser necesariamente imputables a los propietarios de la empresa o a sus altos cargos, es suficiente que se refieran a las acciones de una persona autorizada de actuar por cuenta de la empresa.

2.2.3.4.Método para calcular las multas sancionadoras¹⁰⁹.

Una vez demostrado que la infracción se ha cometido de forma deliberada o por negligencia, el art.23 del Reglamento N 1/ 2003 obliga a la Comisión a tener en cuenta la gravedad y la duración de la infracción.Muchas veces a lo largo de los años se ha puesto énfasis en la discrecionalidad de la Comisión para fijar el volumen de las multas y su método para calcular las multas ha sido criticado por falta de transparencia¹¹⁰. Se ha requerido una formula abstracta que podría servir para calcular las multas: como es sabido en los EE.UU las "Federal Sentencing Guidelines" se aplican para los asuntos "antitrust" criminales. Poco a poco se ha llegado a la conclusión que es mejor que las empresas sepan con más exactitud las consecuencias de sus actos anticompetitivos para abstenerse de estos a pesar de que algunos funcionarios de la Comisión apuestan más por lo contrario.En mi opinión, si se respeta el principio de tipicidad de la sanción(la seguridad jurídica) la incertidumbre sobre el importe de la multa creará más posibilidades de que la empresa se abstenga de la conducta, porque no habrá seguridad en cuanto a la cantidad de la multa, que podrá ser muy elevada. Se trata de una cuestión que es muy actual, también en el derecho civil en relación con la reparación de daños y perjuicios: es poco probable ser sancionado y las empresas pueden calcular y elegir si se puede o no infringir la ley desde la perspectiva de las tarifas.

Consciente de los problemas mencionados y otros más en relación con el cálculo de las multas, la Comisión publicó las "Guidelines on the Method of Setting Fines" en enero 1998.Estas directrices se pueden entender como un intento de alcanzar un mayor equilibrio entre la transparencia y objetividad en el cálculo de las multas, demandada tanto por las empresas, como por el Tribunal de Justicia, aunque se mantiene el margen discrecional que el legislador dejó a la Comisión a la hora de fijar

¹⁰⁹ Ver Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit., pp.782 – 789; Peña Castellot, M.A. "Política sancionadora...", op.cit., pp.178- 236.

¹¹⁰ Jones, A. y Sufrin, B. "EC Competition Law...", p. 907; Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.549.

las multas dentro del límite de 10% del volumen de negocios de la empresa. La Comisión no renunció a su discrecionalidad, pero estableció un método más preciso para calcular las multas. Las Guidelines están basadas en dos criterios - **gravedad** y **duración** para precisar la base de la multa:

$$X (\text{gravedad}) + Y (\text{duración}) = \text{base de la multa}$$

Gravedad.

Evaluando la gravedad de la infracción hay que tener en cuenta la naturaleza (tipo de la infracción) - por ej. , si se trata de infracciones que dificultan la consecución de los objetivos generales del Tratado o de un acuerdo de I+ D. Hay que tener en cuenta asimismo la cuota del mercado afectado y el volumen de negocios de la empresa, los efectos de la infracción, y la conducta de las partes - asuntos 45/69 Boehringer Mannheim c. Comisión (1970) Rep. 769, 806; asuntos 100/80, Musique Diffusion Française c. Comisión (1983) Rep. 1825, 1908, asunto 322/81, Michelin c. Comisión (1983) Rep. 3461, 3524¹¹¹.

Las Guidelines on the Method of Setting Fines (Imposed Pursuant to art. 15 (2) of Regulation 17 and art. 65 (5) of the EC Treaty (1998) OJ C 9/3) dividen las infracciones en tres tipos según su gravedad:

- infracciones de menor importancia: se trata sobre todo de restricciones verticales del Mercado que tienen un efecto limitado sobre el Mercado comunitario.

Multas: 1000 - 1.000.000 euros aprox.

- infracciones serias: restricciones horizontales o verticales con amplios efectos sobre el Mercado comunitario. En esta categoría entran también, los abusos de posición dominante.

Multas: 1.000.000 - 20 millones de euros aprox.

- infracciones muy serias - aquí están sobre todo las restricciones horizontales como los cárteles así como los acuerdos de distribución del Mercado comunitario y todas las demás prácticas que dificultan el funcionamiento entero del Mercado competitivo.

Multas: más de 20 millones de euros.

¹¹¹ Más ejemplos en relación con las circunstancias agravantes y atenuantes se pueden encontrar en Creus, A. y Amador, O. "Procedimiento administrativo ante la Comisión...", op. cit., pp.783 – 786, en Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., pp.551-557 y en Peña Castellet, M.A. "Política sancionadora...", op.cit., pp.204- 221.

Según las Guidelines se deben tener en cuenta, además, la capacidad de las partes de causar daños o prejuicios significativos a otros sujetos, sobre todo a los consumidores.

Se debe tener en cuenta la capacidad del infractor de conocer la ley y sus posibilidades de perjudicarla.

Cuando se trata de un determinado número de empresas (por ej. - los cárteles) en varios casos es necesario tener en cuenta en qué categoría entra la infracción de cada una de las empresas, determinando el efecto real de la conducta en su conjunto, sobre todo cuando existe una diferencia significativa en el tamaño de las empresas.

Todo esto exige un exacto cálculo aritmético para llegar a una multa determinada razonablemente.

Duración.

Las Guidelines dividen en tres categorías las infracciones según su duración:

- Infracciones de corta duración (menos de 1 año) para cuales no se prevé incremento de la base de la multa.
- Infracciones de media duración (1 a 5 años en general). En este caso la base determinada por gravedad se incrementa con más del 50% .
- Infracciones de larga duración (más de 5 años)- pueden subir con más de 10% por año la base de la multa determinada por el criterio gravedad.

Estableciendo estas categorías, se opta por un incremento en función de la iniciativa de denunciar o de cooperar con la Comisión.

Circunstancias agravantes:

Según las Guidelines las circunstancias agravantes pueden ser:

- reincidencias
 - negativas de cooperación con la Comisión o intentos de obstruir las investigaciones de la Comisión
 - ser el líder o el iniciador de la infracción
 - si la empresa ha tomado medidas represivas contra otras empresas con el fin de realizar su conducta anticompetitiva
 - la base de la multa se puede subir con objetivo de reducir los beneficios que son resultado de la infracción cuando es posible calcular estos beneficios con objetividad.
 - Otros.
-

Según Peña Castellet¹¹² las circunstancias agravantes se han aplicado al menos a una empresa en los asuntos Volkswagen, British Sugar, Greek Ferries, Aminoacids, etc...

Circunstancias que pueden reducir la base de la multa:

- una conducta pasiva de la empresa, siguiendo al "líder" de la infracción,
- no poner en práctica los acuerdos y prácticas acordados,
- terminación de la infracción con las primeras intervenciones de la Comisión,
- existencia de duda razonable por parte de la empresa en cuanto la posibilidad de que dicha práctica constituya o no un delito,
- violaciones cometidas por negligencia o involuntariamente,
- cooperación efectiva en los procedimientos de la Comisión que no entran en el alcance de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel (DO, C45, 19.02.2002).
- otros.

Se han aplicado las circunstancias atenuantes¹¹³ en los casos Alloy Surcharge, Aminoacids, Michelin, Vitamins, etc...

Waelbroeck y Frignani han observado que el Tribunal de Justicia se ha negado a considerar como pertinentes circunstancias como la discriminación, el estado de necesidad, la conformidad al derecho nacional o la interposición de un recurso, así como la deducibilidad fiscal de la multa¹¹⁴.

2.2.3.5. La "política de clemencia".

La Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel (DO, C45, 19.02.2002).

Como es sabido, los cárteles y especialmente los cárteles de núcleo duro (hard core cartels) se consideran una de las conductas anticompetitivas más dañinas. Esto es así, porque por causa de estos acuerdos se alteran por completo las condiciones de mercado, que empieza a operar a favor de las empresas-partícipes en el acuerdo. Los cárteles suponen una redistribución de la renta de los consumidores a estas empresas¹¹⁵.

¹¹² Peña Castellet, M.A. "Política sancionadora...", op.cit., p.204.

¹¹³ Ibíd.

¹¹⁴ Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., pp.558- 560.

¹¹⁵ Véase Carlton, D. y Perloff, J. "Modern Industrial Organization", ed. Addison- Wesley, Mass., p.165.

La Comisión ha creado dos unidades dedicadas exclusivamente a la persecución de los cárteles¹¹⁶, con instructores especializados en este tipo de prácticas. Se han profundizado, además, los esfuerzos de cooperación internacional en este ámbito en relación con la persecución de los cárteles transnacionales¹¹⁷. Pero, sin duda alguna, el instrumento básico de la lucha contra los cárteles tanto en los EE.UU como en Europa, son los llamados programas de clemencia. Según Calviño¹¹⁸, gracias a dichos programas, la detección de los cárteles no se basa en indicios, sino en pruebas y testimonios, aportados por los partícipes del cártel, algunos de los que no sólo confirman la existencia del acuerdo ilícito, sino que describen su funcionamiento.

¿Como operan dichos programas de clemencia?

La teoría económica demuestra que los cárteles, en muchas ocasiones, son intrínsecamente inestables. De este modo la estabilidad de un cártel depende no sólo de factores estructurales (como la coordinación para la puesta en marcha de las prácticas), sino también de la capacidad de sus miembros de establecer mecanismos de control y represalia ante posibles comportamientos oportunistas por parte de algunos miembros¹¹⁹. Como se ha observado en el caso de los EE.UU, las autoridades de competencia tratan de aumentar dicha inestabilidad, ofreciendo un tratamiento favorable a aquellas empresas- miembros del cártel, que por varias razones decidan denunciar la existencia del cártel:

La **Comunicación** (llamada alguna vez la **Comunicación de exculpabilidad**)¹²⁰ establece que La Comisión puede reducir las multas e incluso no sancionar a los participantes en cárteles que cooperen con la Comisión y proporcionen información en la fase de investigación.

El programa sobre exculpabilidad fue iniciado por las dificultades que tuvo la Comisión durante varios años para detectar los cárteles y para probar los acuerdos sobre los precios (sobre todo cuando se trata de industrias oligopolísticas y de la así llamada

¹¹⁶ Véase Sarela, A. y Malric-Smith, P. "Reorganizing of Cartel Work in DG Competition", Competition Policy Newsletter N 2, 2005, p.43.

¹¹⁷ Calviño, N. "Cárteles: análisis y valoración de sus efectos" en Cases, L.(dir.) "Anuario de la competencia 2003", ed.Marcial Pons, Madrid, 2004, p.270.

¹¹⁸ Ibíd, p.271.

¹¹⁹ Peña Castellot, M.A. "Política sancionadora...", op.cit., p.179.

¹²⁰ Existen varias opiniones y análisis en relación con esta Comunicación: Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit., p.35 y pp.242 – 243, Van Barlingen, B. "The European Commission's 2002 Leniency Notice after One Year of Operation", Competition Policy Newsletter N 2 de 2003, Blake, S. y Schnichels, D. "Leniency Following Modernization: Safeguarding Europe's Leniency Programmes", Competition Policy Newsletter N 2 de 2004

"defensa oligopolística")¹²¹. Así se ha decidido ir más allá de los planteamientos tradicionales y establecer el sistema de clemencia, experiencia que ya había dado sus frutos en los EE.UU.

La **Comunicación**¹²² sigue el modelo de la US Department of Justice Corporate Leniency Policy Notice de 10 Agosto de 1993, donde se trata solo de exculpabilidad en los casos criminales de antitrust.

La Comunicación se divide en dos apartados – A y B¹²³:

El apartado A, relativo a la dispensa del pago de las multas establece que una empresa se dispensará del pago, cuando:

- sea la primera en aportar elementos de prueba, que, según la Comisión , le permitan adoptar una decisión por la que se ordene una verificación en relación con la existencia de un presunto cártel que afecte a la Comunidad y únicamente si la Comisión en el momento de la aportación de los datos no dispone de elementos de prueba suficientes para adoptar dicha decisión o
- sea la primera en aportar elementos de prueba, que, según la Comisión, le permitan comprobar una infracción del art.81TCE en relación con la existencia de un presunto cártel y siempre que la Comisión no disponga en este momento de elementos de prueba suficientes para establecer la existencia de la infracción. En este caso, la inmunidad sólo se aplica en caso de que ningún otro miembro del acuerdo se haya acogido a la inmunidad del primer supuesto.

Además de estas dos condiciones alternativas, se deben cumplir los siguientes requisitos cumulativos:

- la empresa debe cooperar plena, continua y diligentemente durante todo el procedimiento de la Comisión, facilitándole todos los elementos de prueba, relacionados con la infracción, que se hallen a su disposición,
- la empresa debe poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los datos,
- la empresa no deberá haber obligado a otras empresas a participar en la infracción.

¹²¹ Jones, A. y Sufrin, B. "EC Competition Law...", op.cit., p. 919.

¹²² Sobre las últimas novedades en la aplicación de dicha Comunicación (y sobre la evaluación positiva de esta aplicación) ver Van Barlingen, B. y Berenes, M. "The European Commission's 2002 Leniency Notice in Practice", Competition Policy Newsletter, N 3, 2005, pp.6- 16.

¹²³ Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit., p.242.

El apartado B establece que las empresas que no cumplan los requisitos del apartado A pueden beneficiarse de una reducción de la multa. En este caso la empresa debe facilitar a la Comisión elementos de prueba que aporten “valor añadido” significativo respecto a los datos de que dispone la Comisión y debe poner fin a su participación en la presunta infracción. La primera empresa que cumpla estos requisitos recibirá una reducción de 30 – 50%, la segunda - una reducción del 20 – 30% y las empresas siguientes una reducción de hasta el 20%.

El hecho de que se conceda una dispensa del pago de la multa o una reducción de la multa no exime a la empresa de las consecuencias civiles de su participación en la infracción.

Aunque son evidentes los beneficios que pueden aportar estas disposiciones (que han dado resultados positivos en los EE.UU), algunos autores como Schroeder¹²⁴ critican la Comunicación, sobre todo en relación con las diferencias en los programas de exculpabilidad entre los Estados – miembros (ocho Estados – miembros todavía no tienen semejante legislación). Además no existen reglas explícitas formales de intercambio de información¹²⁵ entre las autoridades nacionales y la Comisión sobre los casos de exculpabilidad. Así que hay que avanzar más en la armonización y aplicación de las medidas analizadas.

Las multas contienen 6 elementos:

- la cantidad (X) determinada a base de la gravedad (en euros),
- la cantidad (Y) para duración media o larga ,
- el elemento (i) para las circunstancias agravantes,
- el elemento (j) para las circunstancias que reducen la base de la multa , excluida la exculpabilidad conforme a la **Comunicación**,
- el elemento (k) (en porcientos) en caso de aplicación de la **Comunicación**

En todo caso por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior (art. 23.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003).

De este modo la multa se calcula del modo siguiente:

¹²⁴ Schroeder, D. “Leniency – Issues from a Private Practitioner’s Perspective” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

$$[x + y] \times [(100 + i - j) / 100] \times [(100-k)/100] = f$$

Obsérvese, que el nuevo Reglamento N 1/ 2003 aumenta considerablemente el importe de las multas e introduce, como se ha señalado, la siguiente novedad:

Cuando se imponga una multa a una asociación de empresas que no es solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa (art. 23.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003).

En caso de que no se aporten dichas contribuciones a la asociación en un plazo, fijado por la Comisión, las empresas responden solidariamente (art. 23.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003).

Conviene resumir que la Comisión debe tomar en consideración todos los factores relevantes a una determinada conducta y establecer la sanción con la máxima objetividad. Las directrices de la Comisión cumplen una función complementaria, porque hay que decidir caso por caso, de acuerdo con las circunstancias particulares. Creo que en caso de las decisiones de imposición de multas, con objeto de una máxima prevención, hay que aplicar los niveles más altos de las mismas.

2.2.3.6. Exculpabilidad (Reglamento N 1/2003)¹²⁶.

Además de los programas de clemencia en casos de acuerdos de cárteles, establecidos con la Comunicación de la Comisión, analizada anteriormente, el Reglamento (CE) nº 1/2003 prevé tres casos de exculpabilidad (art. 23.4 del Reglamento nº 1/2003)

- si las empresas demuestran que no han aplicado la decisión constitutiva de infracción,
- que las empresas han ignorado la existencia de esta decisión,
- que las empresas se han distanciado activamente de ella antes de que la Comisión iniciara la investigación del caso.

La Comisión dispone de amplios poderes de apreciación respecto a estos criterios, considerando las circunstancias de cada caso concreto.

¹²⁵ Montag, F. y Cameron, S. “Effective Enforcement: the Practitioner’s View of Recent Experiences under Regulation N 1/2003” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

¹²⁶ Las reglas de exculpabilidad han sido expuestas en la Comunicación (analizada en el párrafo anterior) en el año 2002, pero reglamentadas en el Reglamento N 1/ 2003: ver Blake, S. y Schnichels , D. “Leniency Following Modernization: Safeguarding Europe’s Leniency Programmes”, Competition Policy Newsletter N 2 de 2004

2.2.3.7. Prescripción.

En méritos del Reglamento (CE) nº 1/2003 el poder de la Comisión en materia de imposición de sanciones prescribe en tres años respecto a las infracciones de las disposiciones relativas a solicitudes de información o a la ejecución de inspecciones y 5 años para los demás casos (art. 25.1 a) y b) del Reglamento (CE) nº 1/2003). El plazo comienza a correr a partir del día en que se haya cometido la infracción¹²⁷, pero en caso de que se trate de una infracción continua o continuada, el plazo comienza el día en que haya cesado la infracción (art. 25.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003): un momento que no es fácil de establecer. El transcurso del plazo a efectos de la prescripción se interrumpe por "cualquier acto de la Comisión o de una autoridad de competencia de Estado miembro destinado a la instrucción o a la investigación de la infracción; incluyendo entre otros los requerimientos de información escritos de la Comisión o de la autoridad de competencia de un Estado miembro, mandatos escritos de inspección, inicio del procedimiento por la Comisión o por la autoridad de competencia de un Estado miembro la entrega del pliego de cargos (art. 25.3 del Reglamento (CE) nº 1/2003). La prescripción queda interrumpida a partir de la fecha en que este acto se notifique al menos a una empresa o asociación de empresas que haya participado en la infracción. Las actuaciones en relación a una sola parte interrumpe el transcurso del plazo para todas las empresas que participan en la infracción (art. 25.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003).

La prescripción se considera alcanzada con el transcurso de un plazo igual al doble de la prescripción sin que la Comisión haya impuesto ninguna multa sancionadora o coercitiva (art. 25.5 del Reglamento (CE) nº 1/2003). La prescripción queda suspendida durante el procedimiento ante el Tribunal de Justicia (art. 25.6 del Reglamento (CE) nº 1/2003).

En materia de ejecución de sanciones el poder de la Comisión de ejecutar decisiones está sometido a un plazo de prescripción de 5 años (art. 26.1 del Reglamento (CE) nº 1/2003) que empieza a correr desde el día en que la decisión sea firme (art. 26.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003). La prescripción queda interrumpida por la notificación de una decisión que modifique el importe inicial de la multa o que rechace la solicitud con tal objeto y asimismo por cualquier acto de la Comisión o de un Estado miembro que este destinado a la recaudación por vía ejecutiva, de la multa (art.

¹²⁷ Ver asimismo Peña Castellot, M.A. "Política sancionadora...", op.cit., p.218.

26.3 a) y b) del Reglamento (CE) nº 1/2003). La prescripción queda suspendida en dos casos (art. 26.5 del Reglamento (CE) nº 1/2003):

- mientras dure el plazo para efectuar el pago,
- mientras dure la suspensión del cobro de la multa por vía ejecutiva en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia.

Se considera que todos estos plazos son suficientes, para permitir a la Comisión a llevar a cabo sus investigaciones y para garantizar la seguridad jurídica de las empresas.

2.2.4. Decisiones para adoptar medidas cautelares.

El nuevo Reglamento de procedimiento nº 1/2003 confiere a la Comisión la facultad de adoptar medidas cautelares¹²⁸ que sean indispensables para el ejercicio efectivo de su misión de defensa de la competencia y sobre todo para asegurar la eficacia de las decisiones para poner fin a infracciones. Las medidas cautelares se pueden ordenar por la Comisión de oficio (art. 8.1 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado). Para poder proceder a estas medidas se tienen que cumplir dos requisitos:

- que existan indicios racionales suficientes de haberse infringido el art.81.1 o 82 del TCE,
- que exista un elemento de urgencia probada, consistente en evitar daños serios e irreparables a la parte que solicita las medidas o para proteger el interés público – Auto del TJCE de 7 de octubre de 1980 – asunto 792/1979R Camera Care.

Estas facultades comprenden tanto la posibilidad de ordenar que se adopten medidas positivas así como la posibilidad de imponer prohibiciones –asunto 229/82R Ford Werke AG c.Comisión(1982)¹²⁹. De este modo la Comisión puede ordenar la reanudación de suministros (Ford Werke AG) o el cese de una conducta predatoria - asunto Napier Brown/British Sugar, DO 1988 L284/41.

Con la inclusión de las medidas cautelares en el Reglamento N 1/ 2003 se ha dado un paso adelante en favor a las facultades de la Comisión, resolviendo discusiones en la doctrina en relación con dicha problemática¹³⁰.

¹²⁸ Ver Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.121.

¹²⁹ *Ibíd*, p. 677.

¹³⁰ En relación con estas discusiones en la doctrina y en la jurisprudencia ver Waelbroeck, M. y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., pp.539- 543.

2.2.5. Decisiones declarativas del art.10 del Reglamento N 1/2003.

Según el art.10 del Reglamento N 1/2003, la Comisión tiene la facultad, cuando el interés público lo requiere, para adoptar decisiones para declarar que el art.81 no se aplica para determinados acuerdos o prácticas concertadas por dos razones alternativas:

- cuando no se cumplen las condiciones de la prohibición del art.81.1 TCE,
- cuando se cumplen las condiciones de la exención del art.81.3 TCE.

Lo anteriormente expuesto se refiere asimismo al art. 82 TCE donde no existe exención, así que se requiere el no cumplimiento de las condiciones de la prohibición del mismo artículo.

Las decisiones, llamadas “positivas” o “decisiones de inaplicabilidad”¹³¹, se pueden tomar por la Comisión, actuando por iniciativa propia en casos excepcionales¹³², lo que les otorga un carácter discrecional, pero además, según J. Cooke¹³³ pueden ser adoptadas en base a denuncia. El art. 27(4) del Reglamento N 1/2003 establece la obligación de publicar la decisión positiva. Dicha decisión puede ser recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia.

Las decisiones declarativas del art.10 del Reglamento N 1/2003 tienen como objetivo aportar más seguridad jurídica, llenando “la brecha” después de la supresión de las autorizaciones comunitarias¹³⁴.

2.2.6. Decisiones de retirada individualizada de exenciones (art.29 del Reglamento N 1/ 2003).

Se trata del caso, cuando la Comisión ha adoptado un Reglamento de exención, en méritos del art.81.3 TCE que se refiere a determinados acuerdos. Puede ocurrir que en algún supuesto o momento la exención produzca efectos incompatibles con los objetivos de los Tratados y en estos casos la Comisión puede retirar el beneficio de un Reglamento de exención para todo el territorio de la Unión, respecto a un Estado-miembro o a una parte de un Estado- miembro¹³⁵.

¹³¹ Véase Pascual y Vicente, J. “La nueva política...”, op.cit., p.129.

¹³² Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.122.

¹³³ Cooke, J. D. “Application of EC Competition Rules by national courts” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

¹³⁴ En este sentido ver Paulis, E. y De Smitjer, E. “Enhanced Enforcement of the EC Competition Rules since 1 may 2004 by the Comisión and NCA’s” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences, donde se puede leer que las decisiones del art.10 deben clarificar la aplicación de las normas comunitarias de competencia en casos excepcionales que presentan un nuevo problema para la competencia.

¹³⁵ Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.122.

2.3. Facultades para negociar con la empresa y establecer acuerdos.

Este es un caso muy frecuente, pero sin embargo las empresas tienen que proponer compromisos que respondan a las inquietudes que le haya mostrado la Comisión en su análisis preliminar (art. 9.1. del Reglamento (CE) nº 1/2003).

Montag y Cameron¹³⁶ analizan las consecuencias positivas de las negociaciones con las empresas en cuatro casos recientes:

- el caso Repsol: asunto COMP 38.348, Repsol(2004)(DO C258/7) donde la empresa Repsol se compromete a abrir el mercado nacional para otros competidores
- el caso Coca – Cola: asunto COMP 39.116/B2 Coca – Cola(DO C 289/10), donde el acuerdo con la Comisión contiene reglas precisas y detalladas respecto a las conductas prohibidas
- el caso De Beers / Alrosa : Comisión Press Release IP/04/1513, donde se limita la cantidad de diamantes que puedan ser proporcionados por Alrosa a De Beers directa o indirectamente
- el caso German Football League: asunto COMP/ C.2/37.214(2004)(DO C229/13), donde se establecen reglas específicas que aseguran el acceso vía UMTS

La Comisión puede emitir una decisión¹³⁷, muy semejante a los Consent Decrees, existentes en los EE.UU, convirtiendo dichos compromisos en obligatorios para las empresas¹³⁸. Esta decisión se puede adoptar por un tiempo determinado y en ella debe constar que ya no hay motivos para intervención, pero la Comisión podrá reabrir el procedimiento de oficio o "previa solicitud" (art. 9.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003) por tres motivos alternativos:

- si se produce modificación de la situación de hecho respecto de un elemento esencial de la decisión,
- si resulte que las empresas afectadas no cumplen sus compromisos,

¹³⁶ Montag, F. y Cameron, S. "Effective Enforcement: the Practitioner's View of Recent Experiences under Regulation N 1/2003" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

¹³⁷ Se trata de una decisión semejante a los Consent Decrees de la FTC en los EE.UU. Las dos diferencias importantes entre los Consent Decrees y las decisiones del art. 9 del Reglamento N 1/2003 son las siguientes:

- los Consent Decrees exigen una consulta pública
- los Consent Decrees exigen la aprobación del Juzgado y la determinación que el Decree es en interés público

¹³⁸ En este sentido ver Pascual y Vicente, J. "La nueva política comunitaria...", op.cit., p.136 y Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.121.

- si resulte que la decisión se ha basado en información incompleta, inexacta o engañosa que fue facilitada por las partes.

La otra alternativa es no aprobar ninguna decisión sino solucionar los asuntos por negociaciones informales, pero en este caso la Comisión puede publicar su punto de vista mediante una nota de prensa o haciendo una referencia en el siguiente Informe sobre la Política de Competencia. Se debe señalar que varios casos importantes se han terminado así, por ejemplo IBM - (1984) 3 CMLR147, Digital - Commission Press Release JP/97/868, Deutsche Telekom Tariffs - Commission's XXVII th Report on Competition Policy (1997) p. 77.

Considero que las negociaciones son una vía conveniente y de carácter constructivo para solucionar los problemas de la defensa de la competencia. De este modo se puede obtener más información sobre el mercado, convirtiendo a las empresas – infractores en colaboradores para la defensa de la libre competencia y este tiene que ser uno de los objetivos del derecho comunitario y nacional de la competencia.

2.4. La desestimación de las denuncias.

Como se ha señalado, el nuevo Reglamento N 1/2003 opta por un sistema de aplicabilidad directa de las normas de competencia no rigiéndose por un sistema de notificación sino persiguiendo las posibles infracciones denunciadas.

Y como es lógico, los procedimientos incoados por denuncia pueden concluir con una decisión declarando y sancionando la infracción de los arts. 81 y 82 TCE o con la desestimación de la denuncia (o con un arreglo amistoso).

Ortiz Blanco examina las razones para la desestimación y subraya que la Comisión puede desestimar una denuncia tanto después de haber realizado un examen profundo de los elementos de la denuncia como después de la instrucción del asunto¹³⁹. Así las principales razones para la desestimación son las siguientes:

a) Denuncias sin relación con las disposiciones de los arts. 81 y 82 del TCE.

Puede resultar que se denuncien determinadas situaciones que no son responsabilidad de las empresas o que una empresa denuncie a otra por actos de competencia desleal y en general cualquier otra denuncia respecto a hechos fuera del ámbito de aplicación de las normas antitrust comunitarias.

¹³⁹ Ortiz Blanco, L. "El procedimiento en el Derecho de la Competencia Comunitario", vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 96.

b) Falta de interés legítimo del denunciante -la Comisión interpreta el "interés legítimo" de forma similar a como el Tribunal de Justicia interpreta "directa e individualmente" afectadas en el art. 230 del TCE en relación con las personas que pueden interponer recurso de nulidad. De este modo para la Comisión el denunciante ha de ser perjudicado por la presunta infracción y al mismo corresponde justificar su interés legítimo en la denuncia.

Según Ortiz Blanco en la práctica la Comisión interpreta de forma amplia el concepto "interés legítimo"¹⁴⁰.

c) Acuerdos exentos.

Cuando se ha denunciado un acuerdo o práctica que haya sido autorizado individualmente o por un Reglamento de exención por categorías la Comisión está obligada a desestimar la denuncia, salvo cuando el denunciante solicite la retirada de la exención.

d) Falta de interés comunitario¹⁴¹.

La Comisión no se puede referir abstractamente al interés comunitario, sino que debe exponer las consideraciones de hecho y de derecho que la han llevado a la conclusión que no existe una prioridad comunitaria conforme al art. 253 (considerando por ejemplo la importancia de la infracción para el mercado común).

e) Denuncias no fundadas.

Una denuncia puede ser desestimada por falta de pruebas o por pruebas insuficientes (desestimación por razones de hecho). Una denuncia puede ser desestimada asimismo por razones de derecho por no ser contraria a los arts. 81.1 y 82.

f) Además, el art.13.2 del Reglamento N 1/ 2003 prevé dos supuestos específicos, por lo que la Comisión puede desestimar una denuncia¹⁴²:

- cuando ya lo está tramitando una autoridad de competencia de un Estado-miembro,
- cuando se dirija contra una acción, decisión o práctica que hayan sido tratados por otra autoridad de competencia.

De este modo es importante el intercambio de información y la colaboración de las autoridades de competencia para que no se llegue a decisiones contradictorias, dictadas por las autoridades de competencia de distintos Estados miembros.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 100.

¹⁴¹ Ver a este respecto STJCE, asunto C 119/ 97 P Ufex y otros c. Comisión(1999).

¹⁴² A este respecto ver Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", *op.cit.*, p.138.

Conviene destacar, que cuando la Comisión desestima una denuncia, el denunciante tiene derecho a una Decisión, adoptada por la Comisión¹⁴³.

2.5. Las cartas administrativas.

Existen varios tipos de contactos informales con igual fuerza de persuasión que las decisiones. En los últimos años el final más común de los expedientes ha sido la carta administrativa.

Las cartas administrativas no se pueden considerar decisiones. El Tribunal de Justicia en las sentencias de los asuntos 253/ 78 a 3/79 *Procureur c. Guerlain*(1980) Rep. 237 las ha considerado como simples cartas de información en las que la Comisión hace saber a las empresas su opinión respecto a los acuerdos y prácticas. La Comisión puede presentar su opinión preliminar e informal respecto al caso. Puede ser que la Comisión comunique a las empresas sus reservas hacia ciertos tipos de comportamientos o incluso sugerir modificaciones de los acuerdos: se trata de una breve indicación de los problemas que podrían surgir siguiendo estas conductas o prácticas. Estas cartas se diferencian sustancialmente del pliego de cargos porque no tienen los mismos efectos jurídicos.

Se dan también ejemplos de cartas de advertencia ("warning letters") en caso de que determinadas conductas o prácticas puedan amenazar la libre competencia.¹⁴⁴

Con las cartas de archivo la Comisión informa a las empresas del cierre de su expediente. Esto puede suceder por la escasa importancia de algunos asuntos, cuando no se ha comprobado la infracción o cuando por el paso del tiempo los asuntos han perdido importancia o interés ("backlog").

Hasta la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado existían asimismo las cartas de compatibilidad ("comfort-letters") y las cartas de incompatibilidad ("discomfort-letters") en los casos en que, habiendo recibido una notificación la Comisión consideraba que el interés del asunto tanto para la Comisión como para las partes es insuficiente para incoar un procedimiento formal¹⁴⁵.

Con la entrada en vigor del Reglamento N 1/ 2003 las cartas administrativas no se emplearán con tanta frecuencia como en el sistema anterior, aunque es posible que la

¹⁴³ *Ibíd*, p.139.

¹⁴⁴ Más sobre las cartas administrativas de la Comisión en Ortiz Blanco, L. "El procedimiento en el Derecho de la Competencia Comunitario", op. cit., p. 122.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 129.

Comisión siga emitiendo cartas (por ej. de advertencia). Aún sin efectos jurídicos estas cartas pueden servir como directrices para las empresas en relación con la política de competencia, llevada a cabo por la Comisión.

3. LOS PODERES NORMATIVOS DE LA COMISIÓN.

Según el art. 249 TCE "Para el cumplimiento de su misión el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones, previstas en el presente Tratado.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado – miembro....".

Los Reglamentos son las "leyes" comunitarias. Tienen un alcance general (art. 249 TCE), son obligatorios en todos sus elementos y son directamente aplicables en cada Estado miembro, así que no es necesaria una intervención normativa de los Estados miembros.

Según Caravaca y González¹⁴⁶ los reglamentos regulan sobre todo cuestiones de forma y de procedimiento o cuestiones de fondo. Un ejemplo de los primeros es el Reglamento (CE) N 773/2004 de la Comisión relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts 81 y 82 TCE. La Comisión, previa habilitación del Consejo de acuerdo con el art. 212 TCE puede adoptar dos variedades de reglamentos que regulan cuestiones de fondo:

a) los reglamentos que precisan las modalidades de aplicación del Derecho de la competencia a determinados sectores económicos (por ej. los transportes);

b) los reglamentos de exenciones por categorías (REC).

En el presente trabajo se va a enfatizar en los efectos de los segundos que tienen una especial importancia en materia de defensa de la competencia:

Como se ha advertido anteriormente, la Comisión no tenía los recursos humanos y técnicos para responder por medio de decisiones formales a todas las solicitudes de autorización: según datos de la Comisión, al inicio de los años 60 se recibieron más de

¹⁴⁶ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. "Mercado único y libre competencia en la UE", ed. Colex, Madrid, 2003, p.970.

30.000 solicitudes de exención individual/declaración negativa y la cifra media anual de decisiones individuales de autorización se sitúa en torno a 20.

La Comisión intentó solucionar el problema mediante la regla "de mínimos" y las cartas administrativas, pero sobre todo por medio de los REC, que consisten en una autorización en bloque de determinados acuerdos¹⁴⁷. Con la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión seguirá adoptando REC, porque así se introduce un mayor grado de seguridad jurídica en relación con los acuerdos prohibidos entre las empresas: como se ha señalado en páginas anteriores, las autorizaciones de la Comisión cumplen una función de balance entre los objetivos del Tratado, es decir, entre los objetivos de la política de competencia y las demás políticas comunitarias, exceptuando de las reglas de competencia a determinadas conductas. El objetivo de esta labor de la Comisión es el desarrollo del Mercado Común en base a los objetivos económico- sociales del Tratado.

Desde el punto de vista formal un REC establece un modelo de contratos (por ejemplo de distribución, de franquicia, etc...) enumerando las cláusulas autorizadas (blancas) y las cláusulas prohibidas (negras) y las empresas están obligadas a considerar este modelo cuando celebren un acuerdo¹⁴⁸.

La Comisión retiene para sí misma la facultad de retirar, por medio de decisión, el beneficio de la exención¹⁴⁹ si la misma produce efectos incompatibles con los requisitos que establece el art. 81.3 TCE¹⁵⁰- art. 29 del Reglamento N 1/2003. La retirada no tiene carácter retroactivo. La retirada de la exención se puede realizar asimismo por parte de una autoridad nacional en caso de que los efectos contrarios del art. 81.3 se produzcan en el territorio de un Estado miembro o de una parte de él que constituye un mercado geográfico determinado. Se puede realizar de oficio, a solicitud de la Comisión o por denuncia de terceros que acrediten un interés legítimo.

La Comisión ha adoptado una multitud de REC **tanto en materia de restricciones verticales** como en materia **de restricciones horizontales**.

¹⁴⁷ Sobre la historia y la evolución de esta facultad de la Comisión, véase Goyder, D. "EEC Competition Law", ed. Clarendon Press, Oxford, 1988, pp.52- 63.

¹⁴⁸ Ver Waelbroeck, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.590.

¹⁴⁹ Korah, V. "An Introductory Guide...", op. cit. p.87.

¹⁵⁰ Véase Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.122.

Reglamentos en materia de restricciones verticales a la competencia.

A finales del S. XX la Comisión comenzó una serie de reformas en el régimen jurídico de las restricciones verticales: el 22 de diciembre de 1999 se aprobó el Reglamento N° 2790/99 del Consejo sobre restricciones verticales, que fue interpretado por la Comisión mediante una Comunicación sobre líneas directrices para las restricciones verticales a la competencia (DOCE 291 de 13 de octubre de 2000). Este nuevo reglamento instauró un régimen jurídico con tres características fundamentales¹⁵¹:

- a. Un enfoque económico: solo se benefician de la exención empresas cuyo poder de Mercado se encuentra dentro de ciertos límites, establecidos por el mismo Reglamento. Para determinarlo se recurre a las cuotas de Mercado de las empresas participantes en el acuerdo.
- b. Un enfoque unitario: se somete en lo esencial a un mismo régimen jurídico a una pluralidad de supuestos que con anterioridad del Reglamento N 2790/99 han sido regulados por diversos REC (venta o compra en exclusiva, franquicia) y otros no estaban regulados – por ej. la distribución selectiva.
- c. Un enfoque simple: el Reglamento no contiene listas de cláusulas blancas, grises o negras, sino tan solo la enumeración de cláusulas prohibidas (black list).

El 31 de julio de 2002 fue aprobado asimismo el Reglamento N° 1400 /2002 de la Comisión relativo a la aplicación del art.81.1 TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos de motor.

Reglamentos en materia de restricciones horizontales a la competencia

Siguiendo las directrices del Reglamento N 2790/99 sobre restricciones verticales, el 29 de noviembre de 2000 se aprobaron dos REC para los acuerdos horizontales de especialización (Reglamento N 2658/2000 de la Comisión de 29 de noviembre de 2000, DO L304 de 5 de diciembre de 2000) y de investigación y desarrollo (Reglamento N 2659/200 DO L304 de 5 de diciembre de 2000) que fueron interpretados por una Comunicación de la Comisión. En estos dos reglamentos de igual

¹⁵¹ Calvo Caravaca , A. L. y Carrascosa González, J , "Mercado único y libre competencia en la Unión Europea", op. cit., p. 972.

modo que en el caso de las restricciones verticales, la Comisión se centra en el poder de Mercado de las empresas implicadas y en las prohibiciones "per se"¹⁵².

Se pueden citar otros reglamentos de exención por categorías que se han adoptado en los últimos años:

El Reglamento (CE) N° 772/2004 de la Comisión de 27 de abril 2004, relativo a la aplicación del art. 81.3 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de know-how (DO L123, 27.04.2004).

El Reglamento N° 823/2000 de la Comisión de 19 de abril 2000 relativo a la aplicación del art. 81.3 del TCE a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de las compañías marítimas en línea (conferencias) (DO L100 de 20 abril 2000).

El Reglamento (CEE) N° 7617/93 de la Comisión relativo a determinadas categorías de acuerdos o prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de las capacidades, el reparto de los ingresos, las consultas relativas a las tarifas en los servicios aéreos regulares y la asignación de períodos horarios en los aeropuertos.

El Reglamento N° 358/2003 de la Comisión de 27 de enero de 2003, relativo a la aplicación del art. 81.3TCE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros.

Analizando los efectos de los REC, Waelbroeck y Frignani afirman que, entrando en el ámbito del art.85.1(81.1)TCE, las prácticas colusorias quedan ipso facto exentas, no requiriéndose ninguna notificación, ningún examen, ninguna decisión de la Comisión- la Sentencia del TJCE, asunto 1/71Cadillón c.Hoess(1971), pero la aplicabilidad de un REC no impide necesariamente una condena en virtud del art.86(82)TCE- STJCE, asunto Tetra Pak I.Además, el REC no modifica directamente el contenido de las cláusulas contractuales, ni tampoco obliga a las partes a adaptarlas; se limita a establecer las condiciones que, de cumplirse, liberan estas cláusulas de la prohibición- STJCE, asunto 10/86VAG c. Magne(1986)¹⁵³.

Conviene constatar, que la facultad de la Comisión de aprobar REC, previa habilitación del Consejo, plantea una distinción fundamental con las facultades normativas de la FTC, porque dicha autoridad no está facultada a dictar tal tipo de actos normativos.Esto se debe a la función específica que cumplen estos actos normativos en

¹⁵² Ibíd, p. 1003.

¹⁵³ Waelbroeck, M y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.591.

el derecho comunitario de la competencia: se trata de la exceptuación de acuerdos que responden a los requisitos del art.81.3 TCE, aludiendo al mencionado equilibrio de objetivos económico- políticos y sociales, establecidos en el Tratado. Los Reglamentos de exención son uno de los mecanismos, que están destinados a establecer el balance entre la política de competencia y las demás políticas comunitarias en el marco de los objetivos de la Unión Europea.

4. OTRAS FACULTADES DE LA COMISIÓN EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

4.1. La Comisión y la política de competencia.

Según el Tribunal de Primera Instancia la misión de vigilancia de la Comisión en el ámbito del derecho de la competencia “comprende la tarea de instruir y de reprimir las infracciones individuales, pero se refiere igualmente al deber de desarrollar una política general, dirigida a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el Tratado y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas” - asuntos acumulados T-305/94, T307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-329/94 y T-335/94¹⁵⁴ - Limburgse Vinyl c. Comisión(1994). Se trata de una política general de la Comisión , relacionada y gestionada por la institución comunitaria junto con las demás políticas comunitarias(industrial, regional, comercial, social)¹⁵⁵, para la consecución de los objetivos del Tratado.

Según Caravaca y González¹⁵⁶ esta política de competencia, llevada a cabo por la Comisión presenta los siguientes rasgos generales:

- a) Tiene carácter constitucional: el art. 3 TCE es confirmado y desarrollado por otras disposiciones (art. 99.1, art. 105.1, art. 154.2 y art. 157TCE).
- b) Tiene carácter instrumental: como se ha destacado en el inicio de esta parte del trabajo, la competencia en la UE no es un fin en sí misma, sino un medio para alcanzar los fines del art. 2 TCE.
- c) Tiene un contenido muy variado: en palabras de Caravaca y González -"previene y reprime, persigue acciones y omisiones, se confía a órganos comunitarios, pero

¹⁵⁴ Cit. y traducción de Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. , "Mercado Único y libre competencia de la Unión Europea", op. cit., p. 311.

¹⁵⁵ Véase Amato, G. "Antitrust and the Bounds of Power...", op.cit., p.119.

¹⁵⁶ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. , "Mercado Único y libre competencia de la Unión Europea", op. cit., p. 311.

también a nacionales de los Estados miembros, los destinatarios de sus normas son los Estados miembros, las empresas, etc."

- d) La política de competencia es una política horizontal: el alcance de sus normas se extiende en principio, a cualquier actividad económica. En este sentido Caravaca y González analizan las relaciones entre la política de competencia y otras políticas comunitarias de carácter sectorial o local - en especial, la política industrial, regional, comercial, etc.

Como se ha señalado en páginas anteriores, la política de competencia es fundamental para la consecución del objetivo Mercado Común, un mercado donde las barreras de entrada están reducidas y en que se realiza un movimiento libre de bienes y capitales. Además, esta política, llevada a cabo por la Comisión, garantiza una distribución de poder económico, vigilada y supervisada de una manera intensa por la Comisión y por las demás autoridades de defensa de la competencia, integradas en la Red de Autoridades Europeas de defensa de la competencia, actuando dicha red siempre en cumplimiento de las directrices de la alta autoridad comunitaria.

4.2. El control sobre las empresas públicas y la liberalización de los sectores monopolísticos (art. 86 TCE).

El control de las empresas públicas es imprescindible desde la perspectiva del nuevo enfoque de la regulación pro- competencia¹⁵⁷ o pro- mercado. Se trata de varios tipos de intervenciones del Estado en el Mercado Comunitario, susceptibles de falsear la competencia comercial:

- a) la constitución y el funcionamiento de empresas públicas,
- b) el establecimiento y mantenimiento de monopolios comerciales del Estado,
- c) la concesión de ayudas públicas a empresas o actividades económicas.

Según el art. 86.3 TCE, la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

Las Directivas pretenden determinar las obligaciones derivadas del art. 86.1 TCE y las decisiones tienen por objeto constatar el incumplimiento, por el Estado miembro y ordenarle el cese de la infracción. Estas decisiones son semejantes a los actos de que

¹⁵⁷ Véase Ariño Ortiz, G. y López de Castro García- Morato, L. "Principios de Derecho Público Económico", 3ed., ed. Comares, Granada, 2004, pp.602- 609; "Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político", ed. Comares, Granada, 2001, pp.5- 11.

dispone la Comisión para reaccionar contra cualquier otro comportamiento colusorio procedente de las empresas (art. 81 y 82 TCE) o de las ayudas del Estado (arts. 87-89 TCE).

Cruz Ferrer en su libro "Principios de la regulación económica en la Unión Europea" expone y analiza las razones de la liberalización. Según el autor "se requiere comprender su fundamento y alcance" y "es preciso situarla en el marco de las transformaciones globales de toda índole"¹⁵⁸.

Son tres los fundamentos básicos de la liberalización (Cruz Ferrer)¹⁵⁹:

- A) Fundamento político expresado en el principio de subsidiariedad : “todo lo que puede hacer el individuo en el ejercicio de sus derechos y libertades, o por decisión del individuo, las entidades menores o intermedias, no deben hacerlo las entidades mayores en cuyo extremo se encuentran los Estados y la Unión Europea.”
- B) Fundamento económico.
 - a) Razones conyunturales: exigencia de competitividad.
 - b) Razones conceptuales: el paradigma de la competencia que ha sustituido la dirección política de la economía.
- C) Fundamento jurídico:
 - Los tratados de la UE y el apoyo de las instituciones comunitarias a las políticas de liberalización.
 - La necesidad de un nuevo modelo de regulación de los servicios públicos.

Más adelante en su trabajo el autor expone y analiza los principios que deben informar la regulación: el respeto a la autonomía empresarial de las compañías, respeto del derecho de propiedad y a libertad de empresa, la posición neutral del regulador, introducción de competencias en las actividades que no constituyen monopolio natural, vinculación de los precios a los costes reales, descentralización de la asignación y gestión de los riesgos, definición de los objetivos sociales y obligaciones del servicio público.

Se pueden distinguir tres grupos de problemas en relación con la liberalización de los servicios públicos (Cruz Ferrer):

¹⁵⁸ Cruz Ferrer, J. "Principios de la regulación económica en la Unión Europea", ed. Instituto de Estudios Económicos", Madrid, 2002, pp. 197, 206.

¹⁵⁹ *Ibíd*, pp. 197-206.

- Desde una perspectiva tecnológica, la energía, las telecomunicaciones y los transportes constituyen industrias con tecnología de redes, caracterizadas tradicionalmente como monopolios naturales.
- Desde la perspectiva política, estos sectores resultaban estratégicos para la seguridad y para la independencia de los Estados (especialmente en caso de guerra) por lo que las empresas estaban excluidas de las reglas del mercado.
- Desde la perspectiva jurídica, estos servicios de interés económico general estaban sometidos a las normas de competencia, pero "en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada" (art. 86.2. TCE).

En el ámbito de liberalización de los servicios públicos la Comisión ha adoptado dos Comunicaciones sobre los servicios de interés económico general en Europa (DO C17,19.01.2001 y DO C281 de 26.09.1996), una Comunicación sobre el servicio postal y varias comunicaciones relativas a otros sectores económicos (agricultura, bancos, etc.), como también las Directivas 1999/64/EC de 23 de junio de 1999 y 96/19/EC de 13 de marzo de 1996 en el ámbito de las telecomunicaciones que modifican la Directiva de la Comisión Nº 90/338/EC; la Directiva Nº 94/46/EC de 13 de octubre de 1994 que se refiere a las comunicaciones por satélite, etc..

Cruz Ferrer¹⁶⁰ distingue cuatro etapas en la evolución y regulación de los servicios públicos - la "etapa promocional", la "etapa competitiva", la "etapa del monopolio regulado", y la "etapa de la competencia". Según el autor "la salida de la crisis del modelo de monopolio no consiste en volver a la etapa de "competencia espontánea": "se requiere un nuevo modelo donde la iniciativa empresarial y la competencia quedan liberadas de la regulación económica, pero proporcionando un nuevo marco de regulación civil (organización de la contratación y de los nuevos mercados) que articule las actividades competitivas con las que todavía no lo son (gestión de las redes exclusivas) y manteniendo la regulación administrativa necesaria para seguir garantizando la seguridad, salubridad, protección de medio ambiente, etc."

Los economistas designan como equilibrio de Williamson a la comparación entre las ventajas y desventajas de la monopolización de mercados en los que la tecnología está sujeta a economías de escala (transporte, energía, telecomunicaciones). En EE.UU. hubo un debate semejante que precedió al debate europeo con respecto a ciertos servicios públicos. La presidencia de Reagan consiguió la desregulación de muchos de

estos servicios, aunque permanecieron fuertemente intervenidos por el Estado. Se trata de empresas con clara tendencia al monopolio con alto coste de establecimiento, dificultad de que otros agentes económicos acceden a tal tecnología, rigidez de la demanda, etc. Pero al pasar a manos privadas, empresas que habían sido de titularidad pública, se puso de relieve la debilidad de la teoría de los monopolios naturales¹⁶¹. Lo interesante en este caso es que este proceso de liberalización y privatización incrementó la intervención del Estado (en lugar de disminuirla) con el fin de asegurar el servicio universal. De este modo se puso de relieve tanto la complejidad como la necesidad de establecer límites a la liberalización.

4.3. La prohibición de las fusiones que crean o refuerzan una posición dominante¹⁶².

Ante el riesgo de ver desaparecer las ventajas, derivadas del establecimiento del Mercado Común, bien por la creación de monopolios naturales, bien por el sometimiento de la industria europea a grupos extranjeros(estadounidenses y japoneses), la Comisión se ha empezado a preocupar de elaborar una política, dirigida a eliminar los obstáculos a las fusiones y concentraciones de empresas de distintos Estados- miembros, precisando, al mismo tiempo, los límites, que imponían los arts.81 y 82 TCE y esta política respondía a la preocupación de permitir a las empresas europeas afrontar la competencia a los grandes grupos industriales¹⁶³. Desde los años – 60 la ausencia de disposiciones, que permitieran el control de concentraciones produjo una laguna legal¹⁶⁴, que fue notada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia(asunto 6/ 72 Continental Can c. Comisión(1973) y asunto 730/ 79 Philip Morris c. Comisión(1980)).Pero debía tomarse en consideración, que a pesar de que las concentraciones a menudo presentan efectos positivos(por ej. una concentración puede colocar una empresa mediana en condiciones para competir con una empresa dominante o con empresas en situación de oligopolio¹⁶⁵), en determinados casos pueden llevar a la creación o refuerzo de posiciones dominantes, que puedan

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 133.

¹⁶¹ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. "Mercado único y libre competencia en la Unión Europea", *op. cit.*, p.369.

¹⁶² Sobre este tema en general ver González Díaz, F. E. y Carpi Badia, J. M. "La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en el ordenamiento comunitario y español" en Beneyto Pérez, J. M. "Tratado de derecho de la competencia", vol.I, ed.Bosch, Barcelona 2005, pp.629 – 747.

¹⁶³ Waelbroeck, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", *op.cit.*, p.1091.

¹⁶⁴ Calviño, N. "El Reglamento N 139/ 2004: Novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones" en Casés, L.(dir.) "Anuario de la competencia 2003", ed.Marcial Pons, Madrid, 2004, p.60.

¹⁶⁵ Waelbroeck, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", *op.cit.*, p.1099.

obstaculizar la competencia y el comercio entre los Estados-miembros¹⁶⁶, porque la concentración lleva a una modificación de la estructura de las empresas partícipes, modificando, al mismo tiempo, la estructura del mercado competitivo, muchas veces a favor de estas empresas y en perjuicio de los consumidores. Todo esto conduce a la conclusión que es necesario un control efectivo e intenso sobre ellas con dos dimensiones: control ex- ante y control a posteriori.

Para que el control de la concentración sea llevado a cabo por la Comisión de manera eficaz, es necesario que aquella tenga conocimiento de la operación de concentración (fase de investigación) - las partes deben de notificar su acuerdo de concentración. La Comisión puede tomar una decisión de autorización o prohibición, basándose en los hechos notificados y este acto es recurrible ante el TPI. Desde el año 1997 este sistema de control de las concentraciones a nivel europeo se está ampliando y perfeccionando- en palabras de Calviño, se evoluciona hacia un sistema más integrado¹⁶⁷. Otros autores consideran que dicho control se está adaptando al merger control de los EE.UU.¹⁶⁸.

Caravaca y González exponen las siguientes características de las facultades de la Comisión respecto a los procedimientos de concentración:¹⁶⁹

a) Estrecha colaboración con las autoridades de los Estados miembros,

¹⁶⁶ Ibíd, p.1091- 1092.

¹⁶⁷ Calviño, N. "El Reglamento N 139/2004...", op.cit., pp.65- 87; Soames, T. y Gómez, A. "Changes in EC Merger Control" en Ortiz Blanco, L. y Gómez, A. "Derecho de la competencia europeo y español", vol IV, ed. Dykinson, Madrid, 2005, p.317- 370.

¹⁶⁸ Schröter, H. "Some Observations on the Revision of the EC Merger Regulation" en Ortiz Blanco, L. y Gómez, A. "Derecho de la competencia europeo y español", vol IV, ed. Dykinson, Madrid, 2005, p.313; Sobre el control de concentraciones en los EE.UU y las características generales que lo distinguen del control comunitario de concentraciones, ver Solana, G. "Diferencias entre los Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones. Aplicación práctica" en Casés, L. (dir.) "Anuario de la competencia 2001", ed. Marcial Pons, 2002, Madrid, pp.28-31.

¹⁶⁹ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "Mercado Unico...", op.cit., p.1 80; El 20 de enero de 2004 el Consejo aprobó un nuevo Reglamento (CE) N° 139/2004 sobre el control de concentraciones entre empresas que sustituyó el Reglamento N 4064/89. Las principales novedades que introduce el nuevo Reglamento son las siguientes:

- reforzamiento de los poderes de investigación de la Comisión en los casos de control de concentraciones,
- reducción de los plazos en el procedimiento,
- prohibición de la fusión en caso de que reduzca significativamente (considerablemente) la competencia efectiva (el así llamado "carbón test"). El Reglamento N 4064/89 se basaba en el concepto de la "posición dominante": una fusión debería de ser prohibida cuando crea o refuerza una posición dominante. Con la nueva regulación se da la posibilidad de prohibir concentraciones cuando la empresa no estará en posición dominante en sentido estricto (por ejemplo en casos de "posición dominante colectiva"),
- descentralización del procedimiento y supresión del "one-stop shop": la Comisión ya no tendrá el monopolio sobre los asuntos de concentraciones económicas. En algunos supuestos la futura fusión se notifica a la autoridad nacional de defensa de la competencia,
- se introduce un procedimiento simplificado en algunos casos previstos en el Reglamento 139/2004.

- b) La aceptación del silencio administrativo positivo: en el caso de que la Comisión no adopte ninguna decisión en los plazos fijados en el Reglamento N 139/2004, se considera que la concentración es compatible con el Mercado común,
- c) El efecto suspensivo del procedimiento ante la Comisión: las concentraciones no pueden realizarse ni antes de su notificación ni hasta que la Comisión adopte una decisión.

En resumen se puede afirmar que se han puesto las bases de un control de concentraciones comunitario consolidado y efectivo. La Comisión controla la estructura del mercado europeo y sus futuras reestructuraciones, evitando abusos y posibilitando, al mismo tiempo, el aumento de la competencia global a través de las concentraciones de empresas a nivel europeo: se crea la posibilidad de desarrollo de empresas europeas innovadoras y competitivas a escala global.

4.4.Las ayudas de Estado.

Se trata de una parte importante de la política de competencia en Europa, porque las ayudas de Estado son un punto de tensión entre los intereses comunitarios y nacionales.

Existe una perspectiva común, propagada por la Comisión, según la cual los subsidios nacionales consisten en una amenaza para la competencia a nivel comunitario y nacional¹⁷⁰, pero pueden ser permitidos en caso de que existan otros objetivos predominantes para la cohesión de índole social o económico¹⁷¹. De este modo las ayudas del Estado deben ser reguladas con objeto de asegurar que las distorsiones de mercado, causadas por las mismas no excedan aquellos beneficios y objetivos. Y desde otra perspectiva, como advierten acertadamente Waelbroeck y Frignani¹⁷², la vida económica contemporánea se caracteriza por la estrechez de los vínculos que ligan las empresas con la Administración del Estado, así que, se realiza una transformación de la cualidad de la competencia que de “competencia entre empresas” tiende cada vez más a una “competencia entre sistemas”. De este modo es justificado el temor que las intervenciones del Estado, favoreciendo a determinadas empresas, pueden conducir a distorsiones de la competencia a nivel nacional y comunitario (las ayudas, por ej., destinadas a la producción o a la innovación, reducen los costes de las empresas nacionales y hacen más difíciles las importaciones, incrementando las exportaciones: de

¹⁷⁰ Comisión Europea, “XXXIII Informe sobre la política de competencia, 2003”, Luxemburgo, 2004.

¹⁷¹ Rumford, C. “European Cohesion? Contradictions in EU Integration”, ed. Macmillan Press, London, 2000, pp.123 – 162.

¹⁷² Waelbroeck, M. y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia”, op.cit., pp.423- 424.

este modo se crean barreras al establecimiento del Mercado único). Por otro lado, como se ha señalado, las ayudas son imprescindibles para el desarrollo regional o para resistir a la competencia a nivel global. En el mismo sentido Gilchrist y Deacon¹⁷³ definen los efectos de las ayudas como positivos o negativos. Negativos, esto significa frustrar la competencia, creando barreras no tarifarias para el comercio, sustituyendo tarifas y otras medidas proteccionistas. Pero pueden tener efectos positivos, cuando son el medio para alcanzar objetivos, que serían inalcanzables con otros medios (por ej. el desarrollo local). Así, la Comisión juega un papel importante, estableciendo el balance entre los dos objetivos: el no falseamiento de la competencia a nivel nacional y comunitario y el desarrollo de las demás políticas comunitarias, de acuerdo con los objetivos del Tratado y la estrategia de Lisboa.

La política comunitaria de competencia en materia de ayudas de Estado recae esencialmente sobre la Comisión¹⁷⁴ (bajo la supervisión de TPI y el Tribunal de Justicia). El control de las ayudas se ejerce a través de aplicación por la Comisión de instrumentos normativos o normas de “derecho blando”, que sólo vinculan la Comisión, como las comunicaciones, guías o marcos comunitarios.

Las funciones básicas de la Comisión en dicho ámbito son las siguientes:

4.4.1. La Comisión examina permanentemente (junto con los Estados miembros) los regímenes existentes de ayudas en estos Estados miembros¹⁷⁵.

4.4.2. Si la Comisión compruebe que una ayuda pública no es compatible con el Mercado Común en virtud del art. 87 TCE o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, ordenará (mediante decisión) que el Estado la suprima o modifique por un plazo fijado por la Comisión.

4.4.3. Si el Estado no cumple esta Decisión en el plazo determinado por la Comisión, la Comisión puede recurrir directamente al Tribunal de Justicia.

4.4.4. La Comisión fue facultada por el Reglamento (CE) N° 994/98 del Consejo, de 7 de Mayo de 1998, sobre la aplicación de los arts. 87 y 88 TCE a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales (DO L142 de 14 Mayo 1998) para eximir

¹⁷³ Gilchrist, J. y Deacon, D. “Curbing Subsidies” en Montagnon, P. “European Competition Policy”, ed. Pinter, London, 1990.

¹⁷⁴ Para un análisis más detallado ver Ripoll Navarro, R. y Fuertes Jiménez, E. M. “El régimen de las ayudas públicas I: visión general y aspectos sustantivos” y Rodríguez Curiel, J. “El régimen de las ayudas públicas II: Procedimiento” en Beneyto Pérez, J. M. “Tratado de derecho de la competencia”, vol. I, ed. Bosch, Barcelona 2005, pp. 1155 – 1300; asimismo, Croizier, J. “L’offensive de la CEE contre les Aides nationales”, ed. Apogée, Rennes, 1993, pp. 58- 70.

¹⁷⁵ Ver Fernández Farreres, G. “El régimen de las ayudas estatales de la Comunidad Europea”, ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 99- 106.

por medio de Reglamento de exención de la obligación de notificación a ciertas ayudas como las ayudas a las pymes, I+D, medio ambiente, empleo o formación.

En aplicación de los poderes atribuidos por el Reglamento N° 994/98 la Comisión ha aprobado los siguientes Reglamentos:

El Reglamento (CE) n° 68/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001 relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 TCE a las ayudas a la formación (DO L 10 de 13 de enero de 2001)

El Reglamento (CE) N° 69/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001 relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 TCE a las ayudas "de mínimos" (DO L10 de 13 de enero de 2001).

El Reglamento (CE) N° 70/2001 de la Comisión de 12 de enero de 2001 relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 TCE a las pequeñas y medianas empresas (DO L10 de 13 de enero de 2001).

El Reglamento (CE) N° 2204 /2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88TCE a las ayudas estatales para el empleo.

Se puede resumir que la Comisión ejerce con intensidad sus facultades en materia de ayudas estatales, viéndose reforzadas dichas funciones por el derecho de la Comisión de exigir la devolución de las ayudas concedidas ilegalmente, cuando estas ayudas amenazan con distorsionar la competencia. Al mismo tiempo, en los últimos años se siguen promoviéndolo incentivos, por parte de la Comisión, para permitir determinadas ayudas de acuerdo con los objetivos económico- políticos y sociales del Tratado.

5. Actos aplicables por la Comisión en materia de competencia.

En primer lugar la Comisión está facultada a aplicar el TCE, que, como es sabido, es la fuente primaria del derecho comunitario: el fundamento jurídico de la defensa de la competencia se establece en la letra g) del art. 3 TCE, según la cual la acción de la Comunidad comportará "un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado interior". No se trata de un simple programa, sino de un objetivo considerado indispensable, constituyendo los arts. 81 y 82 del TCE la aplicación de dicho objetivo.

Otras disposiciones aplicables por la Comisión en el marco de la defensa de la competencia son los arts. 83 y 85 TCE - el primero se refiere a la aplicación de las reglas de los arts. 81 y 82 y en virtud del art. 85 de la Comisión "velará por la

aplicación de los principios anunciados en los arts. 81 y 82 sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 84".

La Comisión aplica asimismo otras disposiciones del TCE que tienen relación con la política de defensa la competencia: el art. 86 relativo a las empresas públicas, los arts. 87 - 89 que se refieren a las ayudas públicas, los arts. 28 sobre prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros, los arts. 49-55 sobre la libre prestación de servicios, etc...

Las disposiciones del TCE sobre competencia han sido completadas y desarrolladas por varios textos legales obligatorios (Reglamentos y Directivas) o no obligatorios (Comunicaciones, Recomendaciones).

Los Reglamentos son actos jurídicos comunitarios adoptados por el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo o la Comisión que tienen un alcance general, son obligatorios en todos sus elementos y son directamente aplicables en los Estados miembros, sin intervención normativa por parte de los Estados miembros; gozan de primacía sobre las disposiciones nacionales, independientemente de su rango, ya sean anteriores o posteriores. Los Reglamentos son las leyes comunitarias. Deben ser motivados y su publicación en el DO es condición previa para su aplicabilidad. Cuando la Comisión actúa en este ámbito, lo hace previa habilitación del Consejo: es preciso destacar, que la Comisión no dispone de poder normativo propio en materia de competencia. Los Reglamentos constituyen el esqueleto del régimen de competencia¹⁷⁶.

Se dividen básicamente en Reglamentos adoptados por el Consejo y Reglamentos de ejecución adoptados por la Comisión previa habilitación por parte del Consejo en virtud del art. 211 TCE. Según otra clasificación se dividen en Reglamentos que regulan cuestiones de forma y procedimiento / Reglamentos que regulan cuestiones de fondo. En materia de defensa de la competencia un lugar importante entre los primeros (que regulan cuestiones de forma y procedimiento) ocupa el Reglamento N 1/2003 del Consejo que ha sustituido el Reglamento N 17/68. En resumen, las principales novedades que introduce este nuevo Reglamento son las siguientes:

- se refuerzan los poderes de investigación de la Comisión,
- se suprime la notificación, las autorizaciones individuales y las declaraciones negativas,

¹⁷⁶ Waelbroeck, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.4.

- se introduce la "descentralización efectiva" con propósito de crear una red de autoridades nacionales de defensa de la competencia, controladas y guiadas por la Comisión.

Comparando los contenidos de los dos reglamentos de procedimiento- el N 17/1968 y el N 1/2003, cabe observar el reforzamiento de los poderes de la Comisión en materia de defensa de la competencia. A través del nuevo Reglamento, a pesar de la ampliamente anunciada descentralización, se puede observar el efecto de una mayor centralización y control por parte de la Comisión en materia de defensa de la competencia, intentándose (y lográndose) crear un sistema de supervisión del mercado comunitario unificado y coherente. Con este sistema de control unificado y centralizado se pretende identificar y vigilar, a veces, cuando sea necesario, destruir los centros de poder económico y establecer directrices para el movimiento de los operadores económicos en los mercados nacionales y comunitario. Se trata de un sistema semejante al existente en los EE.UU, aunque se observa un retraso en el establecimiento de dicho régimen de defensa de la competencia, sobre todo por el retraso en la armonización de las legislaciones de competencia de los Estados miembros.

Los Reglamentos que regulan cuestiones de fondo con importancia para el derecho comunitario de la competencia, son, como se ha indicado: los Reglamentos que precisan las modalidades de aplicación del Derecho de la competencia a determinados sectores económicos y los Reglamentos de exención¹⁷⁷.

En el Anexo N° 3 se exponen los Reglamentos adoptados por el Consejo y la Comisión en materia de competencia.

Las Directivas son actos jurídicos comunitarios adoptados por el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente o el Consejo o la Comisión, que vinculan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado (sus únicos destinatarios son los Estados miembros y por tanto no vincula a los particulares), dejando a las autoridades nacionales la forma y los medios para la consecución de este resultado. En materia de competencia se pueden dar como ejemplos la Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones y la Directiva 90/388/CEE de la Comisión de 28 de junio de 1990 relativa a la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

¹⁷⁷ Véase parr.3, supra; además, a este respecto, Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "Mercado Unico...", op.cit., p.970.

Las Comunicaciones no son actos jurídicamente obligatorios, pero reflejan la política de la Comisión y son una guía para los agentes económicos que actúan en el Mercado comunitario. Así, estos actos sólo tienen un carácter indicativo y no vinculan a la Comisión en su apreciación de los hechos. No obstante, si una empresa ha actuado en el Mercado en base a una Comunicación, no puede serle impuesta sanción en caso de que la Comisión se apartase a posteriori de dicha Comunicación¹⁷⁸. La Comisión ha adoptado varias comunicaciones en materia de defensa de la competencia, por ejemplo:

(A) En materia de procedimiento: La Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de competencia (DO C101 27.04.2004), la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea para la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE (DO C10/1 ,27.04.2004).

Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 TCE (DO, C101, 27.04.2004).

(B) Comunicaciones relacionadas con cuestiones de fondo: se pueden dar como ejemplos la Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81.3. a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C3 , 06.01.2001), la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa (DO C17, 19.01.2001), la Comunicación de la Comisión sobre ayudas estatales y capital riesgo (DO, C235, 21.08.2001), etc...

La aplicación tanto de las normas del derecho primario como de las del derecho derivado y los actos no obligatorios es de importancia máxima para la consecución de los objetivos del Tratado. Esto determina la necesidad de una supervisión eficaz sobre la correcta aplicación e interpretación de estas normas, tomando en consideración implícitamente asimismo los actos no obligatorios. Esta necesidad de supervisión de las actuaciones de la Comisión se traduce en el control judicial sobre los actos de la Comisión.

¹⁷⁸ Véanse asuntos acumulados 40/ 73 a 48/ 73, 54/ 73 a 56/ 73, 111/ 73, 113/ 73, 114/ 73 Azúcar(1975).

V. EL CONTROL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA.

1. Jurisdicción.

En asuntos de competencia corresponde resolver en primera instancia al Tribunal de Primera Instancia y en casación - al Tribunal de Justicia. El TPI es competente para conocer de los recursos de indemnización de daños, los recursos de anulación o de omisión, interpuestos por personas físicas o jurídicas contra las instituciones comunitarias, incluida la Comisión. En las sentencias – objeto de recurso de casación, en su revisión, el TJCE se limita sólo a cuestiones de derecho.

Es importante indicar que desde la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, asuntos 56/64 y 58/64 *Consten v. Grundig*, (1966), Rep.299, el TJCE ha aceptado que sus facultades de revisión pueden ser limitadas por la naturaleza de los poderes ejercitados por la Comisión. A la Comisión se le reconoce un “margen de discrecionalidad”, cuya consecuencia es la deferencia judicial respecto a las posturas de la Comisión.¹⁷⁹ En este sentido se puede contemplar una semejanza a la práctica judicial estadounidense. Se dan dos razones para la limitación del alcance de la revisión judicial:

- la división de poderes – asuntos acumulados T305/94, etc... *Limburgse Vinil c. Comisión* ... (1999) ECR II- 931,
- el análisis económico específico que realiza la Comisión en asuntos de competencia – asuntos acumulados T39/94 etc... *Groupment des Cartes Bancaires c. Comisión* (1994) IV – 49.

A pesar de la deferencia de los tribunales comunitarios, existen casos recientes, en los que el TPI se ha opuesto decididamente a las interpretaciones de la Comisión. A continuación ofreceré algunas reflexiones sobre este problema.

2. Alcance del control judicial de los tribunales comunitarios en materia de competencia.

Respecto al control judicial de los tribunales comunitarios, hay que subrayar, que no se trata de ninguna reiniciación del proceso, llevado a cabo por la Comisión, sino de una revisión de la legalidad de sus actos. A este respecto, en algunos casos el TPI puede autolimitarse voluntariamente y ejercer un control judicial limitado¹⁸⁰. La

¹⁷⁹ Para más detalles en esta línea, ver Bailey, D. “Scope of Judicial Review under art.81”, CMLR vol.41, N 3, pp.1327 -1360; ver asimismo el asunto 42/84 *Remia c. Comisión* (1985), Rep.2545, donde se reconoce la discrecionalidad de la Comisión en la aplicación del art.81.3 TCE.

¹⁸⁰ Bailey, D. “Scope ...”, op.cit.

revisión judicial limitada significa, que el TPI va a limitar su control a la legalidad de la decisión, revisando si está viciada por error de hecho(asunto C-129/85, etc...Wood PulpII(1993);asunto T- 41/96 Bayer c.Comisión(2000)) o de derecho(asuntos T- 374/94, etc..., European Night Services c. Comisión(1998)), por infracciones procedimentales(asunto 17/74 Transocean Marine Paint Assoc. c. Comisión(1974)), motivación inadecuada(asuntos T- 374/94, etc..., European Night Services c. Comisión(1998)) o error manifiesto(el TJCE ha afirmado, que no existe error manifiesto en los asuntos 142/84, etc...BAT and Reynolds c.Comisión(1987)).

Bailey afirma que existen dos razones- clave para que los tribunales comunitarios limiten el alcance de su control sobre los actos de la Comisión:

- La división de poderes de acuerdo con el Tratado
- El análisis económico complejo, llevado a cabo por la Comisión

Se han de observar estos dos supuestos.

A)Como es sabido, desde la perspectiva del equilibrio institucional, la Comisión y los Tribunales tienen una misión diferente: la Comisión desarrolla la política de competencia, garantiza el cumplimiento de las normas del Tratado, mientras que los tribunales comunitarios vigilan la correcta aplicación e interpretación de los Tratados.Así, la Comisión tiene atribuida la facultad de investigar y decidir si existe o no infracción.El TPI no puede sustituir la decisión de la Comisión, aunque esta decisión tenga importantes defectos legales- asunto T- 68/89 Società Italiana Vetro SpA c. Comisión(1992).Además, cuando el TPI verifica la legalidad de la decisión, siempre debe de tener en cuenta el papel y la política de la Comisión¹⁸¹. De este modo el TPI no puede obstruir el margen de apreciación de la Comisión.

B)En relación con el análisis económico complejo¹⁸², el TPI ha expresado varias veces su deferencia respecto a las posturas de la Comisión.Esto se debe a que los jueces no están cualificados, en general, para tratar problemas económicos¹⁸³, especialmente cuando se trate de teorías económicas en contraposición(o por ej. de evaluar los efectos de la aplicación de una o varias teorías económicas), porque en estos casos se puede ofrecer más de una interpretación plausible.Se puede recomendar el uso de informes de expertos o la colaboración con expertos- economistas, pero, de todas formas, la resolución final queda en manos de los jueces.

¹⁸¹ Opinión del Abogado General Walter Van Gerwen en el asunto C- 234/89 Delimitis (1991).

¹⁸² Véanse asuntos T- 39/42, etc...Groupment des Cartes Bancaires and Europay Int. S.A. c. Comisión(1992) y asunto T- 112/99 Métropole Television c. Comisión(2001).

¹⁸³ Véase Bailey, D. "Scope...", op.cit., p.1337- 1339.

Así, desde la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966 en los asuntos 56/64 y 58/64 *Consten and Grundig*(1966), los tribunales comunitarios han aceptado que sus poderes de revisión están limitados por la misma naturaleza de los poderes de la Comisión y sobre todo, por la necesidad de solución económica respecto a determinados problemas. De este modo, los tribunales comunitarios han reconocido un “margen de apreciación” para la Comisión, en orden de que esta autoridad elabore sus decisiones. La consecuencia es la deferencia judicial: una característica similar, como ya se ha observado, a la práctica de los EE.UU. En caso de que la decisión esté adecuadamente motivada, se soporte por los elementos de prueba y carezca de errores manifiestos, el TPI será, por regla general, deferente¹⁸⁴. Así, el TPI no investigará si la Comisión ha hecho conclusiones correctas, sino averiguará si ha llegado a estas conclusiones de una manera jurídicamente correcta.

A pesar de todo esto, en algunas sentencias recientes, el TPI se ha apartado claramente de las afirmaciones de la Comisión- asunto T- 05/02 *Tetra Laval c..Comisión*(2002). Según Pappas y Demortain se trata sobre todo de un conflicto de instituciones, propio al sistema político europeo¹⁸⁵.

Considero que es necesario que exista un control efectivo sobre las decisiones de la Comisión en materia de competencia (además, tal vez, una sección especializada en la estructura del TPI, con la participación de jueces- expertos en materia de competencia), pero siempre en el contexto del objetivo defensa de la competencia en el Mercado Común y no como una manifestación de deficiencias institucionales.

3. Supuestos de control jurisdiccional.

3.1. Recurso de indemnización – art 229 TCE.

En virtud del art.229 TCE y art. 31 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, al Tribunal de Justicia se confiere competencia jurisdiccional plena para resolver los recursos (cuestiones de hecho o derecho) contra las decisiones por las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o coercitiva. El Tribunal de Justicia tendrá la facultad de suprimir, reducir o aumentar la multa, es decir, de determinar la cantidad razonable¹⁸⁶. Así, el TPI examina de qué manera se ha calculado la multa (bajo los criterios gravedad, duración,

¹⁸⁴ *Ibíd*, p.1328.

¹⁸⁵ Pappas, S. y Demortain, D. “A New Era of Competition...”, *op.cit.*, pp.233- 247.

¹⁸⁶ Bailey, D. “Scope...”, *op.cit.*, pp.1331- 1332.

etc...)y puede susistir los criterios de la Comisión con sus propios criterios, pero de los textos legales se deduce que el TPI no puede imponer una multa, si la Comisión no la ha impuesto.

3.2. El art. 230 TCE - control de legalidad.

3.2.1. Legitimación para la interposición del recurso¹⁸⁷: un particular puede recurrir las decisiones de la Comisión ante el TPI, pero no puede recurrir un Reglamento o una Directiva basándose en el art.230TCE. La validez de un Reglamento o una Directiva puede, sin embargo, ser impugnada siguiendo el procedimiento del art. 234 TCE.

La legitimación es incuestionable para los destinatarios de la decisión, pero es problemática en el caso de impugnación de decisiones por quienes no han sido sus destinatarios. En estos casos se exige que el acto de la Comisión afecte a estos particulares “directa e individualmente”.Según el Abogado General W. Van Gerwen, el concepto de afectación directa “requiere que el acto impugnado surta efectos jurídicos, y ello con respecto al demandante, y que dichos efectos emanen directamente del propio acto impugnado y no sea, pues, consecuencia de una ulterior decisión autónoma de una institución comunitaria o de un Estado –miembro. Por decisión autónoma se entiende una decisión que no emana necesaria y automáticamente del acto impugnado, sino que, por el contrario, se adoptará con base en una libertad de apreciación o en criterios que todavía no constan en la fecha del acto impugnado”¹⁸⁸.

3.2.2 Requisitos de un acto para que sea susceptible de recurso en virtud del art. 230 del TCE.

En la Sentencia IBM c. Comisión -asunto 60/81 (1981) Rep. 2639, el Tribunal de Justicia señaló que no se puede definir de forma restrictiva la categoría de actos susceptibles a revisión en virtud del art. 230 y que ello depende del contenido del acto y no de su forma¹⁸⁹.Se puede recurrir un acto basándose en su contenido, cuando¹⁹⁰:

- 1) Produzca efectos legales vinculantes para el recurrente.
- 2) Es susceptible de afectar los intereses del solicitante por comportar un cambio sustancial en su posición legal.

¹⁸⁷ Korah, V. “An Introductory Guide”, op. cit. p.27 y Bailey, D. “Scope of Judicial Review under art.81”, CMLR vol.41, N 3 pp.1327 – 1360.

¹⁸⁸ Cit. por Creus, A. y Amador, O. “Procedimiento administrativo ante la Comisión...”, op. cit.,p.816

¹⁸⁹ En el mismo sentido Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., pp.142- 143.

¹⁹⁰ Véase asimismo asunto T-64/89 Automec c.Comisión(1990).

- 3) Represente la culminación de un procedimiento administrativo con sustantividad propia.

Son susceptibles de recurso en virtud del art. 230 por ejemplo las declaraciones negativas, las órdenes de cese de la infracción, las decisiones por las que se impongan multas sancionadoras o coercitivas, la concesión, retirada o modificación de una exención en virtud del art. 81.3, una decisión que ordena proporcionar información en el curso de una investigación, etc..., pero también las decisiones por las que se ordenan medidas cautelares o las negativas a conceder medidas cautelares -asuntos 228 y 229/82, Ford c. Comisión (1985) Rep. 1105 y las órdenes por las que se obligue a mostrar documentos confidenciales -asunto 53/85, AKZO c. Comisión (1986) Rep. 1965.

Se ha establecido que los actos provisionales en el procedimiento administrativo no son susceptibles de recurso ante el Tribunal -asunto 60/81 IBM c. Comisión (1981) Rep. 2639¹⁹¹ (por ej. la incoación formal del procedimiento y el envío del pliego de cargos).

3.2.3. Motivos de anulación según el art.230 TCE.

2.2.3.1. Irregularidades en el procedimiento.

En primer lugar es necesario probar la violación de un requisito esencial del procedimiento o la infracción de cualquier norma jurídica relativa a la ejecución del Tratado. Cuando la ley expresamente impone un determinado procedimiento -por ejemplo la obligación de consultar el Comité Consultivo (art. 14.1 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado) y este procedimiento no se ha seguido, la decisión de la Comisión debe ser anulada -asunto 30/78 Distillers Company c. Comisión (1980), Rep.2229, 2290. En otros supuestos la irregularidad del procedimiento conlleva a la anulación de la decisión "únicamente si se demuestra que en ausencia de la irregularidad la decisión hubiera sido distinta" - asuntos 209/78, etc... Van Landewyck c. Comisión (1978) , Rep 3125, 3239. Bellamy y Child¹⁹² exponen algunos ejemplos de defectos en el procedimiento que el Tribunal de Justicia ha considerado que no alteran la decisión de la Comisión - retraso en comunicar el acta de la audiencia oral - asuntos 48/69 ICI c. Comisión (1972), Rep.

¹⁹¹ Bellamy, C. y Child, Gr., "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit., p. 711; asimismo Sentencias del TPI Oficemen c. Comisión, asunto T – 212/95, Rep.1161.

¹⁹² Cit. por Bellamy, C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común" , op. cit., p. 712.

619/651, la notificación de una comunicación de quejas a una asociación profesional y no a sus miembros -asunto 71/74 Frubo c. Comisión (1975) Rep. 563, la comunicación de documentos en una lengua distinta de la lengua comunitaria del destinatario - asunto 41/69 ACF Chemiefarma c. Comisión (1970), Rep. 661, la comunicación no autorizada de información confidencial a terceros - asuntos acumulados 209/78, etc., Van Landewyck c. Comisión (1978) Rep. 3125, 3238, 3239, etc...

3.2.3.2. No respetar el derecho de ser oído - un requisito fundamental del derecho comunitario.

En caso de que el derecho de ser oído no ha sido respetado por la Comisión, su decisión se puede anular completamente o en parte - asunto 17/74 Transocean Marine Paint Assos.c. Comisión (1974) Rep. 1063, asuntos 100/80 etc. Musique Diffusion Française c. Comisión (1980) Rep. 1825, 1882. Si se trata de aspectos de importancia secundaria, ello no puede viciar todo el acto de la Comisión - asunto 107/82 AEG c. Comisión (1982), Rep. 1885. El no respetar el derecho de ser oído no conduce a la anulación del acto si las irregularidades se han subsanado y si la parte contra la cual se sigue el procedimiento no ha sufrido perjuicios - asunto 85/76 Hoffman- La Roche c. Comisión (1979), Rep. 461, 513. En todo caso el Tribunal no anulará la decisión si en lo fundamental las empresas han tenido la oportunidad de ser oídas - asuntos 40/73, etc., Suiker Unie c. Comisión (1975) Rep. 1663¹⁹³.

3.2.3.3. Falta de motivación/motivación inadecuada.

En méritos del art. 253 del TCE una decisión de la Comisión debe ser motivada.

En el asunto 41/69 ACF Chemiefarma c. Comisión (1970) Rep. 661, 690 se establece que la decisión debe mencionar los principales aspectos de hecho y de derecho, para entender en lo esencial el razonamiento de la Comisión: no se trata de considerar todos los puntos de hecho y derecho, alegados por las partes y que se rechacen todos los argumentos. El Tribunal exige de la Comisión que se consideren los argumentos principales – asuntos acumulados 209/78, etc., Van Landewyck c. Comisión (1978) Rep. 3121, asunto 6/72 Continental Can c. Comisión (1973) Rep. 215, 240, asunto T 374/94, etc..., European Night Services c. Comisión (1998), Rep. 3141.

La falta de motivación o la motivación inadecuada tienen como efecto la anulación de la decisión¹⁹⁴.

¹⁹³ Ibíd, p. 714.

¹⁹⁴ En este sentido Bailey, D. "Scope...", op.cit., p.1337.

3.2.3.4. Falta de pruebas.

La carga de prueba recae en la Comisión -asuntos 100/80, etc. *Musique Diffusion Francaise c. Comisión* (1980). Rep. 1825; según la sentencia 28 30/83 *CRAM and Rheinzink c. Comisión* (1984) Rep. 16679, 1702, la Comisión debe presentar "prueba suficiente, precisa y coherente" y debe "demostrar suficientemente los hechos y evaluaciones" en que se basa su decisión -asunto 6/72 *Continental Can c. Comisión* (1973) Rep. 215, 249, asunto 85/76 *Hoffman- La Roche c. Comisión* (1979) Rep. 461 - pruebas insuficientes.

No se debe olvidar que el art. 229 TCE confiere al Tribunal de Justicia jurisdicción ilimitada en relación con las cuestiones de hecho y derecho – asuntos 100/80, etc... *Musique Diffussion Francaise c. Comisión* (1980). La falta de pruebas suficientes y en caso de que no se demuestran suficientemente los hechos y las evaluaciones, la decisión será totalmente o parcialmente anulada o la multa reducida - asuntos 100/80 *Musique Diffussion Francaise c. Comisión*, (1983) Rep. 483, asuntos acumulados 40/73, etc..., *Suiker Unie c. Comisión* (1975) Rep. 1663. Así, la decisión puede ser anulada por:

- falta de pruebas, asunto 27/76 *United Brands c. Comisión* (1976) Rep. 207, 303,
- si la Comisión ha presentado una prueba inadecuada.

3.2.3.5. Violación de la ley.

El Tribunal de Justicia puede anular una decisión por error en derecho: se trata de la interpretación que de la Comisión a las normas de competencia - asunto 258/78 *Nungesser c. Comisión* (1982), Rep. 2015. En otros casos se anulan decisiones cuando no existe coherencia hechos probados/aplicación de la norma - asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche c. Comisión* (1979) Rep. 461.

Se puede ofrecer como ejemplo la sentencia relativa al cartel del Azúcar, asuntos 40/73 a 48/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73 *Suiker Unie c. Comisión* (1975) Rep. 1663, donde el Tribunal de Justicia declaró que las conductas de la empresa no constituyen un abuso de posición dominante en el sentido del art. 86(82) TCE y que la Comisión ha violado la norma del TCE o la Sentencia *Bayer c. Comisión*, asunto T – 41/96(2000) ECR II- 3383 donde la Comisión ha cualificado un acuerdo entre Bayer y sus competidores como infracción del art. 81.1 TCE.

3.2.3.6. La infracción de los principios generales del derecho ocupa también un lugar importante en relación con la revisión de las decisiones: se trata de violación de los principios de proporcionalidad y no discriminación (sobre todo cuando se trata

del cálculo de la multa)- asunto 226/84 British Leyland c. Comisión (1986) Rep. 3263, violación de los derechos de defensa - asuntos 155/79 AMS c. Comisión (1982) Rep. 1575, infracción de los derechos fundamentales - asunto 322/81 Michelin c. Comisión (1983) Rep. 3461, 3498.

3.2.3.7. Incompetencia.

Los recursos planteados por este motivo se basan sobre todo en casos de delegación de poderes (asunto 48/69 ICI c. Comisión (1972)), o de habilitación. Además el motivo se puede plantear respecto de actuaciones extraterritoriales de la Comisión por dirigirse contra empresas no comunitarias o por referirse a conductas realizadas fuera de la UE¹⁹⁵.

3.2.3.8. Desviación de poder: en este caso se trata de ejercicio de poderes para fines inadecuados -causa invocada sin éxito en los asuntos 26/76, Metro c. Comisión (Nº 1) (1997) Rep. 1875, asunto 226/84 British Leyland c. Comisión (1986) Rep. 3263, etc...

3.2.4. Efectos de la declaración de nulidad.

En virtud del art. 231 del TCE "si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado", es decir, la consecuencia jurídica implica que el acto nunca ha existido. La doctrina constante del Tribunal de Justicia es que la nulidad del acto puede ser parcial, siempre y cuando la parte nula de la decisión es aislable del todo.

3.2.4.1. Obligaciones derivadas de las sentencias de nulidad para la Comisión.

En méritos del art. 233.1 del TCE la institución "estará obligada a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia".

De este modo las sentencias de nulidad obligan a la Comisión a modificar o a aplicar sus decisiones en el sentido indicado por el Tribunal de Justicia: por ejemplo la decisión de la Comisión recurrida en el asunto 17/74 Transocean Marine Paint Association c. Comisión, (1974) Rep. 1063 fue modificada, realizando los trámites procesales, indicados por el Tribunal. Se debe enfatizar en que, sin embargo, el TPI y el Tribunal de Justicia no pueden, en el marco del procedimiento del art. 230, ordenar a la Comisión la adopción de actos concretos en sustitución del acto atacado, porque esto afectaría el margen de apreciación de la Comisión. Además, la posterior adecuación del

acto atacado a los imperativos del Derecho Comunitario no exime a las instituciones comunitarias de la responsabilidad extracontractual en la que hubieren podido incurrir como consecuencia de haber adoptado el acto en su forma original¹⁹⁶ - art. 230 TCE en relación con el art. 288.2 del TCE.

3.2.4.2. Fuerza ejecutiva.

Según el art. 244 TCE las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el art. 256 TCE.

3.2.4.3.¿Cabe preguntarse ahora que impacto tendrá el nuevo Reglamento N 1/ 2003 sobre el alcance del control de legalidad?

Se considera que después de la entrada en vigor del Reglamento N 1/2003 el alcance de la revisión judicial del art.230 TCE va a pasar de autolimitado por el TPI y el TJCE a un control normal, por el cambio en los poderes de la Comisión¹⁹⁷. Así se limitaría el margen de apreciación de la Comisión y se reducirán los casos, en los que el control será limitado. Obsérvese la constatación de Bailey¹⁹⁸ que el alcance del control de los tribunales comunitarios tiene carácter flexible. Creo que dicha flexibilidad y adaptación del alcance depende del balance de las políticas, llevadas a cabo por la Unión en un período concreto de tiempo y asimismo del balance institucional en la Unión Europea.

3.3. Recurso en virtud del art. 232 TCE por abstención de pronunciarse¹⁹⁹.

Se trata de una forma de control importante con vistas a los supuestos de inactividad o retraso indebido de la administración y esto determina la amplia legitimación para la interposición del recurso.

3.3.1. Legitimación: "toda persona física o jurídica" (art. 232 TCE) está legitimada para interponer el recurso "por no haberle dirigido la Comisión un acto distinto de una recomendación o dictamen."

¹⁹⁵ Ortiz Blanco, L.. "El procedimiento en el derecho de la Competencia Comunitaria", op. cit., p. 197.

¹⁹⁶ Ibíd, p. 200.

¹⁹⁷ Bailey, D. "Scope of Judicial Review ...", op. cit., pp. 1327 -1360 y Ehlerman, F. y Atanasiu, I. "The Modernization of EC Antitrust Law: Consequences for the Future Role and Functions of the EC Courts" 23 ECLR, 2002, pp.72 – 73.

¹⁹⁸ Bailey, D. "Scope...", op.cit., p.1355.

3.3.2. Admisibilidad del recurso.

Este recurso es admisible únicamente si la Comisión ha sido requerida previamente para que actúe y en el plazo de dos meses desde la fecha del requerimiento no se ha pronunciado. Si la Comisión se ha pronunciado después del plazo de dos meses y el requeriente hubiere ya planteado el recurso, el TPI podrá interrumpir el procedimiento, condenando a la Comisión a pagar las costas del recurrente -asunto 75/69 Ernesto Hake & Co c. Comisión (1970) Rep. p. 35. Según Bellamy y Child los requisitos para que el Tribunal de Justicia estime el recurso son los siguientes²⁰⁰:

- a) Cuando el acto sea tal que si hubiera sido adoptado hubiera sido dirigido al sujeto que lo ha solicitado y no a otra persona – asunto 246/81, Lord Bettel c. Comisión, Rep.2277.
- b) Cuando la abstención de actuar de la Comisión suponga una infracción del Tratado. La Comisión debe de tener la obligación específica de actuar.
- c) Cuando la Comisión se ha abstenido de dirigir a un sujeto, un acto distinto de una recomendación o un dictamen - asunto 125/78 GEMA c. Comisión (1979), Rep. 3189.
- d) Este acto puede ser también un acto procesal como la concesión del derecho a ser oído - asunto 8/71 Komponistenverband c. Comisión (1971) Rep. 705, 715.
- e) Que el sujeto ha requerido claramente a la Comisión con expresa mención del art. 232 del Tratado y especificando la naturaleza del acto solicitado.
- f) Cuando la Comisión no haya definido su posición en plazo de dos meses.

Cuando la posición de la Comisión es una negativa a adoptar el acto solicitado no se podrá interponer el recurso, basándose en el art. 232- asunto 125/78. GEMA c. Comisión (1979), Rep. 3189.

3.3.3. Efectos del recurso en virtud del art. 232.

3.3.3.1. Obligaciones para la Comisión.

Cuando el recurso en virtud del art. 232 sea estimado por el TPI, la Comisión será condenada y obligada a tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia

¹⁹⁹ Korah, V. "An Introductory Guide", op. cit., p.28; Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.142.

²⁰⁰ Bellamy, C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", op. cit, p. 720.

(art. 232). El fallo de la sentencia es fundamentalmente declarativo: el TPI se limitará a declarar la omisión contraria del Tratado. En este sentido el TPI no puede ordenar una actuación específica a la Comisión²⁰¹. El cumplimiento de las obligaciones derivadas de las sentencias en recursos por omisión no excluye la responsabilidad extracontractual derivada de las omisiones declaradas contrarias al TCE (art. 233.2).

3.3.3.2. Fuerza ejecutiva.

Las sentencias del TPI en recursos en virtud del art. 232TCE tienen “fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el art. 256”.

3.4. La jurisdicción del Tribunal de Justicia para conceder medidas cautelares en aplicación de los arts. 242 y 243 TCE.

De acuerdo con el art. 242TCE "los recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no tendrán efecto suspensivo". No obstante, al amparo de lo dispuesto en los arts. 242 y 243 TCE en relación con el art. 83 del Reglamento N 1/2003 la urgencia, motivada por el riesgo de un perjuicio grave e irreparable y el *fumus boni iuris* puede imponer la suspensión de la ejecución de un acto de la Comisión. En asuntos de competencia se reconoce la existencia de un riesgo de perjuicio grave e irreparable cuando la puesta en práctica de una decisión de la Comisión puede provocar una evolución en el mercado que sería difícil reconstruir ulteriormente si se estima el recurso principal- ver Auto del Presidente del TJCE de 13 de junio de 1989, asunto C-56/89 Publishers Assoc.²⁰². El Tribunal (TPI o TJCE) “puede ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado” y las medidas cautelares necesarias en los asuntos de que esté conociendo (en méritos del art. 243 TCE). El órgano jurisdiccional dispone de un amplio margen de discrecionalidad para conceder o denegar las medidas cautelares: la decisión respecto a estas medidas corresponde al Presidente del TPI o TJCE. En asuntos de derecho de la competencia el Tribunal de Justicia concede medidas cautelares habitualmente en los tres supuestos siguientes:²⁰³

²⁰¹ Ortiz Blanco, L. "El procedimiento en el Derecho de la Competencia Comunitario", op. cit., p. 204.

²⁰² Véase Gil Ibáñez, J.L. "La Comisión y la aplicación...", op.cit., p.143.

²⁰³ Bellamy, C. y Child, Gr.. "Derecho de la competencia en el Mercado Común" op. cit., p. 722-726.

- Cuando la Comisión ha impuesto multas y las partes piden un aplazamiento del pago hasta el fin del procedimiento ante el Tribunal de Justicia,
- Cuando la Comisión ha impuesto el deber de hacer o no hacer y las partes solicitan la suspensión de la orden de la Comisión hasta el fin del procedimiento ante el Tribunal de Justicia,
- Cuando la Comisión no ha actuado en respuesta a una denuncia y la parte pide una medida cautelar durante la pendencia del recurso.

Las solicitudes en virtud del art. 242 se pueden plantear tanto respecto de decisiones procesales (solicitudes de información e inspecciones en méritos de los artículos 18 o 20 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado) como también respecto de decisiones sustantivas por infracción de los arts. 81 y 82 del TCE -autos del Tribunal de Justicia en los asuntos 107/82 R- AEG - Telefunken c. Comisión (1982), Rep. 1179, 1549 y asunto 86/82 R Hasselblad c. Comisión (Auto de 7 de mayo de (1982), Rep.1555). Incluso son admisibles medidas cautelares contra decisiones de la Comisión, adoptando medidas cautelares²⁰⁴. La suspensión puede ser parcial.²⁰⁵

5. El procedimiento rápido (Fast Track).

Las reformas realizadas el 28 de noviembre de 2002²⁰⁶ han introducido la posibilidad de tramitar los recursos mediante un procedimiento rápido (Fast Track): se trata de aquellos casos en que la adopción de medidas cautelares no resulta suficiente para asegurar la efectividad de la decisión que se pueda adoptar. En este sentido el art.76, ap. 1 del Reglamento de Procedimiento de TPI establece lo siguiente: “En atención a la urgencia particular y a las circunstancias del asunto, el TPI podrá, a instancia de la parte demandante o a la parte demandada, oídas las demás partes y el Abogado General, decidir sustanciarlo en un procedimiento acelerado”.

.Se espera que este procedimiento aportará más seguridad y prevención, acelerando el proceso de revisión y previniendo irregularidades.

²⁰⁴ Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.143, cit. al Auto del Presidente del TPI de 10 de agosto de 2001, asunto T- 184/01R Health.

²⁰⁵ Ortiz Blanco, L. “El procedimiento en el Derecho de la Competencia Comunitaria”, op. cit., p. 205.

²⁰⁶ Creus, A. y Amador, O. “Procedimiento administrativo ante la Comisión...”, op. cit. ,p.816.

Finalmente se puede afirmar, acudiendo a la interpretación de Bailey²⁰⁷, que existen tres consecuencias de la revisión judicial efectiva, tanto de los actos individuales, como normativos de la Comisión:

- la revisión ofrece directrices para la autoridad administrativa(la Comisión) en sus tareas, exigiendo de su práctica claridad y predictibilidad,
- la revisión puede mejorar la calidad de los actos y la confianza en las futuras actuaciones de la Comisión,
- la revisión tiene una gran valor institucional, porque se garantiza la responsabilidad de la Comisión en asuntos de competencia, garantizándose control sobre los poderes de la Comisión.

Considero que el eficaz control de los tribunales comunitarios, con vistas a las tareas de la Comisión en materia de competencia, es imprescindible, con objeto de evitar la arbitrariedad, de poder paralizar la posibilidad de dictar actos arbitrarios con base a un poder de apreciación, con el que cuenta la Comisión. Se puede sugerir un control jurisdiccional más intenso, no limitado: el control limitado no ha sido objeto de ninguna de las disposiciones del Derecho Comunitario primario o derivado. La revisión judicial debe existir en base del equilibrio institucional de la Unión, respetando los poderes, confiados a la Comisión, pero asimismo analizando problemas específicos concretos. Considero necesaria la participación de expertos economistas en los procesos de revisión judicial de los actos de la Comisión en materia de competencia.

²⁰⁷ Bailey, D. "Scope...", op.cit., p.1359.

VI. RELACIONES ENTRE LA COMISION Y LAS AUTORIDADES DE LOS ESTADOS-MIEMBROS

Desde los años -80 la labor de la Comisión en asuntos de competencia se extendió considerablemente sin que cambiara el régimen y condiciones de su actuación. Esto se debía no sólo al aumento del número de asuntos en casos donde está afectado el comercio intracomunitario, sino también a la necesidad de una organización efectiva de su actuación en el diseño de la política de competencia de la Comunidad. Así, era importante que la Comisión pudiera centrar sus esfuerzos en la organización de la política de competencia y en la represión de las infracciones más importantes.

En el momento actual tenemos presente que un mercado cada vez más integrado y las sucesivas adhesiones de nuevos países a la Unión Europea han tenido y tendrán un efecto automático sobre el mercado y consecuentemente sobre las competencias de la Comisión. En estas condiciones un sistema centralizado resulta demasiado burocrático y lento y la descentralización encaja perfectamente con el principio de subsidiariedad: un principio que se consagró en el Tratado de Maastricht, porque de este modo se mejora la eficacia. Se trata de un principio que contribuye a una mayor aceptación de las normas comunitarias y de la aplicación de las mismas (en nuestro caso - las normas comunitarias en materia de defensa de la competencia)⁹⁵.

Con el nuevo Reglamento N 1/2003 de procedimiento⁹⁶ se introduce un mayor papel de las autoridades y los tribunales nacionales en la aplicación de las normas de competencia y más precisamente en la aplicación de los arts. 81 y 82 en su totalidad, aumentándose, al mismo tiempo, los poderes de la Comisión y reforzándose la aplicación de los citados artículos. Se crea un sistema de competencias compartidas, en el que la Comisión, las autoridades nacionales y los órganos jurisdiccionales nacionales

⁹⁵ En general sobre la subsidiariedad ver Borchardt, K. D. "El ABC del Derecho Comunitario", op. cit., www.europa.eu.int/eur-lex; Waelbroek, M. y Frignani, A. "Derecho europeo de la competencia", op.cit., p.40; Ariño Ortiz, G. "Principios de derecho público económico", op.cit., p.111.

⁹⁶ Sobre el procedimiento en materia de defensa de la competencia y las novedades, introducidas con el Reglamento N 1/2003 - Creus, A. y Amador, O. "Procedimiento administrativo...", op. cit. pp.753 – 755 y Paulis, E. y De Smijter, E. "Enhanced Enforcement of the EC Competition Rules since May 2004 by the Commission and NCA's" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

pueden aplicar los arts.81 y 82 TCE.En la opinión de Adrián Arnaiz y Quijano González el Reglamento N 1/ 2003 establece tres principios básicos⁹⁷:

- el principio de pluralidad de las autoridades nacionales en la aplicación de los arts.81 y 82 TCE,
- el principio de la unidad del Mercado único, es decir, la necesidad que los arts. 81 y 82 se apliquen de forma coherente en toda la Unión Europea con objeto de garantizar un marco real de libertad e igualdad para el desarrollo de una actividad económica eficiente,
- el principio de la judicialización de los arts.81 y 82 TCE: se confiere a los órganos jurisdiccionales nacionales el poder de aplicar asimismo el ap.3 del art.81, cuando se invoque el ap.1 del mismo artículo.

No es casual , que la fecha de la última ampliación de la Unión Europea - 1 de mayo de 2004 - coincide con la entrada en vigor del Reglamento N 1/ 2003, porque esta ampliación y expansión de los mercados fue una de las causas de la mejor organización y simplificación de los procedimientos⁹⁸.Pero todavía hay que crear una auténtica red de autoridades que cooperen entre sí y con la Comisión para evitar conflictos y reducir diferencias en la práctica.Para lograr este objetivo la Comisión se reserva el poder de resolución de conflictos entre las autoridades. Además la autoridad comunitaria seguirá asistiendo con consultas informales, pero también con Reglamentos de exenciones por categorías, directrices, comunicaciones y otros asesoramientos, reservándose la fijación de la política comunitaria de competencia y la persecución de las infracciones más graves.

En el presente trabajo se van a analizar cuatro problemas derivados de la coexistencia de varias autoridades y ordenamientos de posible aplicación:

1. La descentralización .La creación de una red de autoridades nacionales de defensa de la competencia.

2. La aplicación de las normas sobre competencia por los jueces nacionales.

⁹⁷ Adrian Arnáiz, A. J. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación...”, op.cit., p.376.

⁹⁸ Ibíd, p.374.

3. ¿En qué casos se aplica el derecho comunitario de defensa de la competencia? Relaciones entre los dos derechos: la teoría de la doble barrera y la teoría de la barrera única.

4. El principio non bis in idem.

1. La descentralización. Creación de una red de autoridades nacionales de defensa de la competencia.

Como se ha apuntado anteriormente en el trabajo, uno de los cambios más importantes, introducido con la modernización de las normas sobre competencia (el Reglamento N 1/2003) es el abandono por parte de la Comisión de su competencia exclusiva sobre el art. 81.3. De este modo la aplicabilidad directa de los arts. 81 y 82 TCE por las autoridades nacionales queda plenamente reconocida. Se introduce el principio de "descentralización efectiva"⁹⁹ que significa la creación de una auténtica red de autoridades nacionales¹⁰⁰, que han de aplicar las normas sobre competencia en "estrecha colaboración" y la Comisión se establece como centro de dicha red (art. 11.1 del Reglamento N 1/2003)¹⁰¹: aquí se pueden ver paralelismos con la red de autoridades existentes en los EEUU - la FTC y las autoridades de los Estados¹⁰², aunque se puede observar que el sistema estadounidense es más centralizado y coherente.

La Comisión considera que en el transcurso de los últimos 10-20 años, las autoridades nacionales de competencia ya se han familiarizado con la aplicación de las normas sobre competencia y que pueden tratar eficazmente asuntos de ámbito comunitario: la integración y la ampliación de la Unión Europea va a producir cada vez mayor número de casos en que existe un efecto sobre el comercio entre los estados

⁹⁹ Para un análisis de este principio ver Beneyto Pérez, J. M. "Introducción" al "Tratado de derecho de la competencia", vol.I, ed.Bosch, Barcelona, 2005; Berenguer Fuster, L. "Sistema de defensa de la competencia", op.cit., p.22.

¹⁰⁰ Sobre la red de autoridades nacionales y el sistema de competencias paralelas: Dekeyser, K. "The European Competition Network" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences ;Slot, P. "A View from the Mountain:40 Years of Developments in EC Competition Law", CMLR 41/2, abril, 2004;Garrido Espá, L. "Los tribunales...", op.cit., p.74.

¹⁰¹ Ver Garrido Espá, L. "Los tribunales...", op.cit., p.73.

¹⁰² Ver a este respecto Parada Vázquez, R. "El sistema garantizador...", op.cit., pp.154- 155.

miembros¹⁰³. Pero visto por otro lado, la descentralización, puede crear varios problemas en los siguientes ámbitos:

1. En relación con la coordinación de la legislación de los diferentes Estados miembros y en relación con la colaboración y la coordinación en la tramitación de los asuntos.
2. Mayores costes de administración.
3. En relación con las capturas, porque se considera que la Comisión es más fuerte frente a dicho problema.
4. En relación con la "renacionalización del derecho de la competencia": no se debe olvidar que las autoridades de defensa de la competencia promueven la política de competencia de los respectivos Estados miembros. En la tesis de M. Monti¹⁰⁴ la descentralización promoverá el Derecho Comunitario más que el one-stop shop que fomenta la aplicación de leyes nacionales.
5. En relación con la confidencialidad de la información transmitida por la Red de autoridades de competencia¹⁰⁵.

Prieto Kessler y Castro - Villacañas afirman que el problema principal de la reforma respecto a las autoridades nacionales es la cooperación y coordinación¹⁰⁶ entre ellas y la aplicación homogénea del derecho comunitario de la competencia. Con este fin se ha creado un conjunto de instrumentos que quedan definidos en los siguientes arts. del Reglamento N 1/2003¹⁰⁷:

a) El art. 11, según el cual la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros han de aplicar las normas sobre competencia en "estrecha colaboración"; el mismo texto establece la obligación de informar a la Comisión del inicio de procedimientos, incoados por las autoridades nacionales; la obligación de consulta a la Comisión cuando se va a adoptar una resolución en aplicación de los arts. 81 y 82 TCE; la pérdida de competencia de las autoridades nacionales cuando la

¹⁰³ Monti, M. "La nueva política europea de la competencia" en Beneyto Pérez, J. M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 22.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 21.

¹⁰⁵ Lenaerts, K. "Modernization of the Application and Enforcement of the European Competition Law – an introductory overview" en Stuyck, J. y Gilliams, H. "Modernization of European Competition Law", ed. Intersentia, Oxford, 2002, p. 27.

¹⁰⁶ En este sentido asimismo Creus, A. y Amador, O. "Procedimiento administrativo...", op. cit. pp.760 – 763.

¹⁰⁷ Prieto Kessler, E. y Castro-Villacañas, D. "Consideraciones en torno a la propuesta de modernización del derecho comunitario de la competencia" en "Anuario de la competencia", ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 110-119; Illescas, R. "El campo de aplicación del Derecho de la Competencia. Los instrumentos jurídicos de la aplicación" en Beneyto Pérez, J. M. "Tratado de derecho de la competencia", vol.I, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp.154 – 161.

Comisión incoe un procedimiento; la obligación de la Comisión a transmitir a las autoridades nacionales copia de los documentos más importantes que ha recopilado¹⁰⁸.

La colaboración y cooperación entre las autoridades competentes se basan, en palabras de Adrián Arnaiz y Quijano González, en los criterios de preferencia, no interferencia y subordinación o vinculación, que, según estos autores se recogen con dudosa sistemática en los arts.11.6, 13 y 16 del Reglamento N 1/2003; la operatividad de estos criterios es la siguiente¹⁰⁹:

- si la Comisión incoa un procedimiento para adoptar una decisión, las autoridades de competencia de los Estados miembros decaen en su atribución para aplicar los arts.81 y 82 TCE, aunque la Comisión sólo puede incoar tal procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia cuando ésta esté actuando ya en un asunto(principio de preferencia o primacía de la Comisión).En palabras de Gil Ibañez¹¹⁰ parece que se pretende asegurar la uniformidad en el sistema de aplicación del derecho de la competencia comunitario.Con objetivo de suprimir dudas y recelos se ha adoptado una Declaración Conjunta del Consejo y la Comisión¹¹¹, según la cual se restringen las facultades de la Comisión, limitándose este precepto a determinadas situaciones, es decir aquellas, en las que exista peligro de que se adopten decisiones divergentes en un mismo caso por las diferentes autoridades nacionales; cuando la decisión que se disponga a dictar una autoridad nacional entre de manera evidente en conflicto con precedentes consolidados; o cuando la Comisión tenga interés en pronunciarse para desarrollar la política de competencia.
- cuando las autoridades de competencia de varios Estados miembros reciban una misma denuncia o inicien un procedimiento de oficio sobre el mismo supuesto, el hecho de que una de ellas esté instruyendo el asunto(parece que será la primera que lo tramite), constituirá para las demás autoridades motivo suficiente para suspender su propio procedimiento o desestimar la denuncia, criterio que vale también para la propia Comisión en lo que se refiere a la desestimación de una denuncia, pero no en cuanto a la suspensión del procedimiento; las autoridades nacionales o la Comisión

¹⁰⁸ Véase un comentario del art.11 en Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. “procedimiento de aplicación...”, op.cit., pp.395-396.

¹⁰⁹ Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación...”, op.cit., p.397; Garrido Espá, L. “Los tribunales...”, op.cit., p.75.

¹¹⁰ Gil Ibañez, J.L. “La Comisión y la aplicación...”, op.cit., p.130.

¹¹¹ Doc.15435/02 ADD1 de 10 de diciembre de 2002.

tendrían que desestimar una denuncia, formulada contra un acto o práctica que ha sido tratada por otra autoridad de competencia(principio de no interferencia).

- cuando los órganos judiciales o las autoridades nacionales decidan sobre asuntos que ya han sido objeto de una decisión de la Comisión, no pueden adoptar resoluciones o decisiones, incompatibles con la decisión, adoptada por la Comisión, lo que vale asimismo respecto a “decisiones, previstas por la Comisión en procedimiento que ya ha incoado”. Así, para evitar adoptar resoluciones susceptibles de entrar en conflicto a posteriori, los órganos judiciales nacionales pueden decidir suspender su procedimiento y esperar la decisión de la Comisión para poder resolver en coherencia con la Comisión(principio de subordinación o vinculación).

Coincido en la conclusión de los dos autores que dichos tres principios limitan un tanto el alcance de la descentralización pretendida.

Los autores anteriormente citados afirman que se debe de investigar si existe o no afectación del comercio comunitario - una cuestión que no es fácil de determinar.

Una vez informada la Red de autoridades de la existencia del caso, se pretende elegir la autoridad mejor situada, así que es posible que surjan conflictos de competencias entre varias autoridades nacionales y es recomendable que dichos conflictos se resuelvan por la Comisión en plazos breves.

b) El art. 11.4 que establece el deber de consulta previa a la Comisión cuando una autoridad nacional se disponga a dictar una resolución de prohibición, de aceptación de compromisos o por la que se retire la cobertura de un Reglamento de Exención por Categorías. Se trata de una medida de control por parte de la Comisión sobre la coordinación en la actividad de las autoridades nacionales.

c) El art. 12 que establece algunas reglas en la operación de la red durante la tramitación del caso y más especialmente el intercambio de información confidencial que supera las prohibiciones de las normativas nacionales.

d) El art. 22 que permite a una autoridad nacional de competencia de llevar a cabo cualquier medida de investigación en nombre de la autoridad de competencia de otro Estado miembro.

e) El art. 14 - el reforzamiento de la participación del Comité Consultivo (cuyas funciones se han analizado en esta Segunda parte del trabajo). Se trata de la posibilidad de extender la función consultiva del Comité a asuntos tramitados por autoridades

nacionales. De este modo el Comité Consultivo se convierte en un foro de discusión para intercambio de posiciones.

En el ámbito de la cooperación se ha adoptado, además, la Comunicación de la Comisión de 24 de octubre de 2003 sobre la cooperación en la Red de autoridades nacionales- 01.04.2004 (DO /2004/C101)¹¹². Esta Comunicación ofrece algunas directrices para la elección de la autoridad "mejor situada" y en relación con la división del trabajo en la red¹¹³. Según el ap. 2.1 "cada miembro de la red es totalmente libre para decidir si es o no es oportuno investigar un asunto". Bajo este sistema de competencias concurrentes, el asunto se tramita:

- Por una única autoridad nacional posiblemente con la ayuda de las de otros Estados miembros. El criterio para elegir la autoridad bien situada es la existencia de un vínculo material entre la infracción y el territorio del respectivo Estado miembro (ap. 9 de la Comunicación).

- Por varias autoridades de competencia cuando una sola autoridad no es suficiente para la resolución del caso.

- La Comisión está bien situada si uno o varios acuerdos o prácticas tienen efecto sobre la competencia en más de tres Estados miembros o en varios mercados nacionales (ap. 14) o si el asunto está estrechamente relacionado con otras disposiciones comunitarias cuya aplicación está reservada a la competencia exclusiva de la Comisión o cuya aplicación por la Comisión redunde una mayor eficacia cuando así lo requiera el interés comunitario (ap. 15 de la Comunicación)¹¹⁴.

La Comisión ha adoptado asimismo Directrices relativas a la aplicación del art.81.3 del TCE de 01.04.2004 (DO/2004/C101).

Considero que el concepto de autoridad mejor situada puede crear problemas en relación con el reparto de competencias entre las autoridades nacionales, aunque según C. Gauer los denunciantes y los solicitantes de exculpabilidad por regla general eligen la

¹¹² Ver comentario de dicha Comunicación en Berenguer, L. "La Comisión completa el "paquete de modernización" en Casés Pallarés, L. (dir.) "Anuario de la competencia 2003", ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p.97- 99.

¹¹³ Sobre este tema y los problemas que presenta se puede leer el artículo de Brammer, S. "Concurrent jurisdiction under Regulation N 1/2003 and the issue of case allocation", CMLR N 42/5, octubre, 2005; Pascual y Vicente, J. "La nueva política comunitaria europea...", op.cit., pp.138-139; Martínez Lage, S. "Cambio de cultura: aprobada, al fin, la reforma de las normas de aplicación de los arts.81 y 81 TCE", GJUEC N 223, enero- febrero, 2003, pp.4-5.

¹¹⁴ Illescas, R. "El campo de aplicación...", op. cit. pp.156 – 157. Según este autor se trata de competencia paralela de la Comisión para la aplicación del Derecho Europeo de la Competencia, competencia

autoridad y la redistribución de casos sólo ocurre cuando la autoridad requerida de actuar no admite el caso o cuando otra autoridad lo requiere¹¹⁵ (conflictos negativos o positivos de competencias). Creo que es posible que los conflictos negativos de competencias surjan con frecuencia por la necesidad de las autoridades nacionales de reducir la acumulación de denuncias.

Se enfatiza asimismo sobre el problema de la disparidad de procedimientos y sanciones: en las legislaciones nacionales sobre competencia no existe homogeneidad porque se dan diferentes cantidades de las multas, además en algunos países las legislaciones prevén penas de cárcel, existen diferencias en los derechos de las partes en el proceso, etc... Así que es necesaria una armonización más eficiente entre las legislaciones de los Estados miembros¹¹⁶, incluidos los nuevos países miembros de la Unión Europea cuyas legislaciones de competencia son de reciente creación. Al contrario existe el riesgo de "forum shopping" por parte de las empresas denunciadas.

Según algunos autores¹¹⁷ las consecuencias negativas de la falta de coordinación será la complicación del procedimiento en lugar de simplificarlo y la falta de homogeneidad en las decisiones de las autoridades nacionales.

La conclusión es que todavía es necesario reforzar la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros. Hay que crear una red que facilite el intercambio de información, así como el intercambio de funcionarios¹¹⁸. Es importante alcanzar criterios uniformes con objeto de lograr una mayor claridad en la remisión de casos dentro de la red de autoridades nacionales. Y la Comisión debe ejercer un control eficiente sobre el funcionamiento de la red porque incluso es posible que algunos órganos nacionales de defensa de la competencia no incoen procedimientos por infracción de los arts. 81 y 82 TCE.

políticamente restringida y residual. Ver asimismo Martínez Lage, S. "Cambio de cultura: Aprobada, al fin, la reforma de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 CE", GJUEC N 223/2003, pp.3 y ss.

¹¹⁵ Gauer, C. "Due Process in the Face of Divergent National Procedures and Sanctions" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

¹¹⁶ Prieto Kessler, E. y Castro-Villacañas, D. "Consideraciones en torno a la propuesta...", op. cit, pp.110 - 119; Garrido Ruíz, F. "Novedades aportadas por el Reglamento 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, art. 81 y 82 TCE - GJUEC mayo/junio 2004, p. 76.

¹¹⁷ Arruñada, B. "Economía y derecho en la nueva política comunitaria de la competencia" en Beneyto Pérez, J. M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 59.

¹¹⁸ García Margallo y Marfil, J. M. y Asturias, C. "El Libro Blanco desde la perspectiva del Parlamento Europeo" en Beneyto Pérez, J. M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 255.

Mario Monti¹¹⁹ afirma que la Comisión se mantendrá en el centro como "primus inter pares" y como garante de los intereses de la UE y esto es necesario para evitar discrepancias en la política de competencia de los Estados miembros - una política que es fundamento principal para la consecución de los objetivos del Tratado.

2. La aplicación de las normas sobre competencia por los jueces nacionales.

El efecto directo de las disposiciones del TCE (incluidas las de los arts. 81 y 82) es un principio consagrado por el derecho comunitario y de acuerdo con este principio los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger los derechos, objeto de dichos artículos - se permite al perjudicado por las prácticas restrictivas de mercado acudir a la jurisdicción civil para:

- Instar la nulidad del acto o contrato¹²⁰ (que ha sido competencia exclusiva de los jueces nacionales asimismo en méritos del Reglamento N 17/1968): en este caso es normal que la nulidad la invoque el demandado por incumplimiento contractual para dejar sin efecto el acuerdo cuyo incumplimiento se reclama¹²¹

o / y

- Resarcirse de los daños y perjuicios.

Ahora los tribunales serán competentes, además, para aplicar el art.81.3 TCE ¹²².

Jacobs y Deisenhoffer¹²³ explican las causas por las que los perjudicados de un ilícito antitrust se dirigen a los juzgados y no a los órganos administrativos de defensa de la competencia:

- Sólo los juzgados pueden compensar los daños y perjuicios.
- Las medidas cautelares se obtienen más rápido que por las autoridades administrativas.
- Los costes del proceso se pueden compensar por el infractor.

¹¹⁹ Op. cit., p. 21.

¹²⁰ Sobre el tema ver Pascual y Vicente, J. "La nueva política comunitaria europea...", op.cit., p.133; Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. "Procedimiento...", op.cit., pp.393- 394.

¹²¹ Bercovitz, A. "Acuerdos restrictivos de la competencia(art.81 TCE)" en Garrido Espá(dir.) "La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE N 1/2003", ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p.14.

¹²² Véase Comisión Europea "Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales" disponible en www.europa.eu.int/comm.

¹²³ Jacobs,F. y Deisenhoffer,T. "Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective" en Ehlerman,C. "European Competition Law Annual", ed. Hart Publishing, Oxford, 2003, pp.197-198.

Algunos centran su atención en el problema de la aplicación de un derecho administrativo por naturaleza por una jurisdicción civil no especializada: se trata de una pretensión propia del orden jurisdiccional civil que requiera examinar previamente cuestiones del orden administrativo. Nos encontramos con un comentario explícito de la situación en Medrano Irazola¹²⁴: "la respuesta general es que, supuesta la jerarquía del interés público sobre el privado, es, previo y preferente el conocimiento de la cuestión desde el punto de vista del Derecho Público Punitivo (en nuestro caso el Derecho Administrativo)", quedando la cuestión civil, en general, subordinada a dicho conocimiento previo en doble sentido - temporalmente (debe esperar la decisión administrativa) y materialmente (las declaraciones sobre hechos pronunciados han de ser aceptadas a la hora de resolver la cuestión civil). De este modo la resolución de la cuestión civil supone un perjuicio para el perjudicado que vería así unido al perjuicio ya sufrido, la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva que no admite tan largas esperas.

La solución de esta situación la ofrece el Reglamento N 1/2003 en su art.6, que establece la aplicabilidad directa de los arts. 81 y 82 TCE en su totalidad por los jueces nacionales, aumentando la responsabilidad de los juzgados nacionales¹²⁵. Pero a esto hay que añadir dos importantes énfasis:

- en méritos del art. 3 del Reglamento N 1/2003 los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de aplicar simultáneamente los arts.81 o 82 TCE, cuando apliquen la legislación nacional de competencia a acuerdos o prácticas susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros. Es decir, cuando los jueces apliquen su legislación nacional de competencia sobre acuerdos, contemplados en el art.81 TCE, no pueden prohibir dichos acuerdos o prácticas a no ser que también estén prohibidas por el derecho comunitario de la competencia,
- el art.16.1 del mismo Reglamento establece que los tribunales nacionales no son competentes para adoptar decisiones incompatibles con las decisiones de la Comisión, ni decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que haya incoado la Comisión.

¹²⁴ Medrano Irazola, S. "El problema de la jurisdicción civil ...", op. cit., pp.11 -23 .

¹²⁵ Van Gerwen, W. "Private Enforcement of EC Competition Rules" y Fingleton, J. "The Application of Economics in Court" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

En síntesis puede afirmarse (tomando, además, en consideración que los tribunales nacionales no son competentes para revisar la validez de los actos comunitarios), que se trata de una función subsidiaria de los órganos judiciales nacionales respecto a la Comisión en materia de defensa de la competencia.

Es posible que los tribunales acudan frecuentemente a la cuestión prejudicial ante el TJCE, como un instrumento eficaz para resolver las cuestiones administrativas porque muchos jueces no están familiarizados con las cuestiones relacionadas con la defensa de la competencia (el análisis del Mercado, las prácticas abusivas, cómo interpretar conceptos tan amplios y generalizados como "progreso económico", "participación equitativa de los usuarios", etc...), y es así porque en principio los órganos jurisdiccionales deben de proteger el interés privado más que el interés público¹²⁶. Además, los jueces podrán solicitar a la Comisión informaciones o dictámenes sobre casos concretos¹²⁷

Pero a pesar de todo esto surge el problema de posible disparidad de pronunciamientos y jurisprudencias.

Garrido Ruíz¹²⁸ analiza las consecuencias del establecimiento del nuevo sistema del Reglamento N 1/2003 en relación con la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales y enfatiza asimismo en que los jueces no disponen de los medios adecuados para recabar toda la información necesaria para la resolución del asunto y además los órganos jurisdiccionales cuentan con facultades limitadas de investigación, lo que conduce a la necesidad de una estrecha colaboración con la Comisión. Según el autor todo eso podría tener como consecuencia un cierto grado de desconfianza e inseguridad jurídica. Cabe preguntarse asimismo si esta colaboración es compatible con el carácter independiente de los jueces nacionales.

¹²⁶ Bellamy, C. "Impact of the Proposed Reform on National Competition Law and Practice" en Stuyck, J. y Gilliams, H. "Modernization of National Competition Law", ed. Intersentia, Oxford, 2003 p. 90.

¹²⁷ Wainwright, R. "Application of EC Competition Rules by National Courts" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences ; Beneyto Pérez , J. M. "Introducción" al "Tratado de derecho de la competencia", vol.I, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp.154 – 161.

¹²⁸ Garrido Ruiz, F. "Novedades aportadas por el nuevo Reglamento N 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencias previstas en los arts. 81 y 82 TCE, GJUEC, mayo/junio 2004, p. 79.; en el mismo sentido Jacobs, F. en "European Competition Law Annual", ed. Hart Publishing, Oxford 2003, pp.157-161.

Existe además otro problema: los efectos jurídicos de la sentencia se producen solo en el territorio del respectivo Estado miembro: de este modo los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros pueden dictar sentencias contradictorias¹²⁹.

Se pueden ofrecer las siguientes soluciones de dichos problemas.

1. La posibilidad de que el juez obtenga opinión no vinculante por parte de la Comisión - art. 15 de Reglamento 1/2003(C. Bellamy, W. van Gerwen¹³⁰) En opinión de Jürgen Basedow, miembro de la Comisión Antimonopolios alemana, la Comisión debe de estar obligada a cooperar con los órganos jurisdiccionales de los Estados-miembros.¹³¹

La Comisión puede presentar observaciones de oficio ante cualquier órgano jurisdiccional en un procedimiento de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE. Esta actividad se puede llevar a cabo sólo por razones de interés público y es conocida como *amicus curiae*¹³² - una figura propia del Common Law (art. 15.3 del Reglamento N 1/2003). Pero hay que considerar asimismo las diferencias de legislaciones entre los diferentes Estados-miembros porque este tipo de intervención es nueva para el sistema continental y no está permitida por algunas legislaciones de algunos países como Italia y Holanda.

2. La posibilidad de obtener una opinión no vinculante por parte de la autoridad nacional de competencia del respectivo Estado miembro¹³³ a semejanza del caso de Francia, donde esta opinión se puede solicitar al Conseil de la Concurrence.

3. La posibilidad de crear juzgados especializados o secciones especializadas dentro de los juzgados mercantiles. En España, por ejemplo, esta competencia está atribuida a los nuevos juzgados de lo mercantil (art. 86 ter. de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

4. La cuestión prejudicial ante el TJCE¹³⁴.

¹²⁹ Jones, C. en Ehlermann, C. D. y Atanasiu, I. "European Competition Law Annual", ed. Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 177.

¹³⁰ Sus respectivos artículos en Ehlerman, C.D. y Atanasiu, I. "European Competition Law Annual" 2002, ed. Hart Publishing, Oxford, 2003; Beneyto Pérez, J. M. "Introducción" al "Tratado de derecho de la competencia", vol.I, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp.154 – 161; Illescas, R. "El campo de aplicación..." op. cit. p.169; Garrido Espá, L. "Los tribunales...", op.cit., p.65; Concepción Rodríguez, J.L., Bayón Cobo, R.G. y Rodríguez Vega, L. "Coordinación entre los tribunales...", op.cit., pp.205- 211.

¹³¹ Basedow, J. "Private Enforcement of art. 81 EC: A German View" en Ehlerman, C.D. y Atanasiu, I. "European Competition Law Annual", ed. Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 144; Fernández López, J.M. "Los juzgados de lo mercantil ante el derecho comunitario de la competencia" en Casés Pallarés, L.(dir.) "Anuario de la competencia 2003", ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.164-167.

¹³² Véase Adrián Arnaiz, J.A. y Quijano González, J. "Procedimiento...", op.cit., p.398 y Garrido Espá, L. "Los tribunales...", op.cit., pp.74-75.

Para conseguir los objetivos del Reglamento N 1/2003 la Comisión ha adoptado la Comunicación relativa a la Cooperación entre la Comisión y los Órganos Jurisdiccionales de los Estados Miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE - DO C 101 de 01.04.2004, cuyo ap. 10 establece la obligación de los jueces de seguir los principios del Derecho Comunitario y en el ap. 17 se desarrollan dos de las vías de colaboración con la Comisión¹³⁵:

- las intervenciones de la Comisión como *amicus curiae*
- los intercambios de informaciones en plazo de un mes.

Adrián Arnaiz y Quijano González¹³⁶ acertadamente afirman que los órganos judiciales nacionales facilitarán las funciones de la Comisión en materia de competencia a través de: la transmisión de los documentos necesarios para la evaluación de un asunto en el que la Comisión quiere presentar observaciones a los tribunales nacionales; la transmisión de sentencias, aplicando los arts.81 y 82 a la Comisión y mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales nacionales en las inspecciones que realice la Comisión.

Según M. Monti¹³⁷ el Reglamento N 1/2003, permite acercar más al ciudadano la aplicación de la legislación antitrust y así los tribunales nacionales desempeñarán el mismo papel que en todas las demás áreas del Derecho Comunitario.

Considero que con el nuevo Reglamento N 1/2003 se amplían las competencias de los tribunales nacionales en materia de defensa de la competencia, reforzándose, al mismo tiempo su cooperación y colaboración con la Comisión y confiando a estos tribunales una misión de asistencia a la red de autoridades nacionales de defensa de la competencia. Además, como se ha podido observar, se establecen algunas garantías de

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ Véase Sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 2000 en el asunto C- 344/98 Masterfoods(2000).

¹³⁵ Véase comentario de dicha Comunicación en Berenguer, L. “La Comisión completa el “paquete de modernización...”, *op.cit.*, pp.101- 104 y Garrido Espá, L. “Los tribunales...”, *op.cit.*, pp.96- 100; Un análisis explícito de esta Comunicación y sus efectos en Wainwright, R. “Application of EC Competition Rules by National Courts” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences; ver asimismo Cooke, J. D. “Application of EC _Competition Rules by National Courts” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences; según este último autor existe una “relación triangular entre la Comisión, las autoridades nacionales y los juzgados nacionales”.

¹³⁶ Véase Adrián Arnaiz, J.A. y Quijano González, J. “Procedimiento...”, *op.cit.*, p399 y en el mismo sentido Concepción Rodríguez, J.L., Bayón Cobo, R.G. y Rodríguez Vega, L. “Coordinación entre los tribunales...”, *op.cit.*, pp.211- 216 y Fernández López, J.M. “Los juzgados de lo mercantil ante el derecho comunitario de la competencia” , *op.cit.*, pp.167- 171.

¹³⁷ M. Monti, *op. cit.*, p. 24.

uniformidad en la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los órganos jurisdiccionales.

3. ¿En qué casos se aplica el derecho comunitario de defensa de la competencia? Relaciones entre los dos derechos: la teoría de la doble barrera y la teoría de la barrera única.

Desde el asunto Walt Wilhelm (Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969 en el asunto 14/68 Walt Wilhelm y otros c. Bundeskartellamt(1969)) el TJCE ha afirmado reiteradamente que las autoridades nacionales tienen atribuida competencia para aplicar los arts. 81 y 82 de acuerdo con el derecho comunitario e interno de defensa de la competencia. Se trata de aplicación de ordenamientos jurídicos independientes y concurrentes¹³⁸: el TJCE precisó que las normas comunitarias y nacionales en materia de competencia defienden dos bienes jurídicos distintos. Además la coexistencia de los ordenamientos nacional y comunitario, no representa para las autoridades nacionales una opción facultativa: el TJCE ha enfatizado varias veces los dos principios básicos de aplicación del derecho comunitario¹³⁹:

1. La supremacía como principio del derecho comunitario ha sido establecida por primera vez en el asunto 6/64 Costa/E.N.E.L.(1964) La supremacía del derecho comunitario es una consecuencia del "efecto útil" del TCE :la obligación de los Estados miembros de no impedir que las normas del TCE se puedan aplicar plenamente en sus territorios, manteniendo o dictando una normativa estatal que no imponga o favorezca la existencia de supuestos anticompetitivos¹⁴⁰. Hay que tomar en consideración que la supremacía se manifiesta en las siguientes reglas¹⁴¹:

- si el comportamiento colusorio está prohibido por el Derecho comunitario no puede ser autorizado por el Derecho interno,

¹³⁸ Menéndez Rexach, E. "Comentarios que suscita la reforma desde el punto de vista de los jueces, en Beneyto Pérez, J. M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 266; Galán Juárez, M. "Relación entre el derecho nacional y el derecho comunitario de la competencia" en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", vol.II, ed. Univ. Rey Juan Carlos, Madrid, 2000, p.437.

¹³⁹ Alonso Soto, R. "Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia." en Beneyto Pérez, J.M. en "Tratado de derecho de la competencia", vol.I, ed.Bosch, Barcelona, 2005, pp.61 y ss. ;Concepción Rodríguez, J.L., Bayón Cobo, R.G. y Rodríguez Vega, L. "Coordinación entre los tribunales...", op.cit., pp.200- 201.

¹⁴⁰ STJCE de 1 de octubre de 1987, asunto 311/85 , Vlaamse Reisbureaus/ Sociale Dienst van de Plaatselijke(1987), Rep. 3801.

¹⁴¹ Garrido Espá, L. "Los tribunales...", op.cit., p.57.

- si el comportamiento colusorio está autorizado con carácter particular en el Derecho comunitario, no podrá ser prohibido por el derecho nacional,
- si la conducta no está ni prohibida, ni autorizada en el Derecho comunitario, rige la teoría de la doble barrera, que se estudiará más adelante, es decir que en ciertos supuestos podría aplicarse la norma prohibitiva del derecho interno.

2. El efecto directo - los artículos 81 y 82 del TCE pueden ser invocados directamente por los particulares ante los tribunales nacionales - STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62 Van Gend en Loos(1963); dichos artículos producen efecto directo en las relaciones entre particulares y crean directamente a favor del justiciable derechos que los órganos judiciales nacionales deben salvaguardar- STJCE de 28 de febrero de 1991, asunto C- 234/89 Delimitis(1991), asimismo STJCE de 18 de septiembre de 1992, asunto 24/90 Automec(1992) o STJCE de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98 Masterfoods(2000).

Aunque existen estos principios, el problema de las relaciones entre los dos derechos de la competencia es difícil de resolver¹⁴² porque la noción de "afectación del comercio" entre los Estados miembros (art. 81TCE) es cada vez más difusa, es posible que empresas establecidas en un Estado miembro afecten por medio de sus acuerdos el comercio intracomunitario¹⁴³. Según la jurisprudencia dentro de la afectación del comercio intracomunitario se entiende asimismo modificar la estructura de competencia efectiva en el Mercado Común¹⁴⁴.

Hasta la entrada en vigor del nuevo Reglamento N 1/2003 las autoridades de defensa de la competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros evitaban las resoluciones que podrían concurrir con decisiones de la Comisión¹⁴⁵.

La intención actual de la Comisión es reforzar los poderes de las autoridades de defensa de la competencia nacionales, ampliando, al asimismo sus propias facultades y al mismo tiempo evitar los conflictos de los dos ordenamientos (interno y comunitario). De este modo el art. 3.1 del Reglamento N 1/2003 obliga a las autoridades nacionales y

¹⁴² Ver a este respecto Bercovitz, A. "Acuerdos restrictivos...", op.cit., pp.24- 28; Garrido Espá, L. "Los tribunales...", op.cit., pp.89- 92.

¹⁴³ STJCE de 10 de diciembre de 1985, asunto 260/82 Nederlandse Sigarenwinkeliers.

¹⁴⁴ STJCE de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76 United Brands c. Comisión(1978) y STJCE de 31 de mayo 1979, asunto 22/78 Hugin c. Comisión(1979); Menéndez Rexach, E. "Comentarios que suscita la reforma desde el punto de vista de los jueces", op. cit., p. 271.

¹⁴⁵ Véase Lenaerts, K. "Modernization of the Application and Enforcement of European Competition Law", en Stuyck, J y Gilliams, H "Modernization of European Competition Law, ed. Intersentia, Oxford, 2002 , p. 25.

a los órganos jurisdiccionales a aplicar simultáneamente el derecho comunitario y nacional de defensa de la competencia, pero la aplicación del derecho nacional de la competencia no puede resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones, asociaciones o prácticas concertadas que afectan el comercio intracomunitario, y, en méritos del art.3.2 del Reglamento N 1/2003:

- No restrinjan la competencia en el sentido del art. 81.1TCE,
- Que reúnan las condiciones del art. 81.3TCE,
- Estén cubiertos por un reglamento de exención (art. 3.2 del Reglamento N 1/2003).

El Reglamento N 1/2003 en su art. 3.3 establece que, sin perjuicio de los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario, las autoridades nacionales y los órganos jurisdiccionales no aplicarán los arts. 81 y 82 cuando se apliquen disposiciones nacionales relativas al control de concentraciones y cuando se apliquen las disposiciones del derecho nacional que persigan principalmente un objetivo diferente del de los arts. 81 y 82 TCE (por ej. la defensa de los consumidores y usuarios).

En opinión de Adrián Arnaiz y Quijano González el art.3 del Reglamento N 1/2003 tiene una estructura relativamente compleja, que se asienta, en particular, en tres ejes normativos de distribución de competencias entre las autoridades nacionales(y los órganos judiciales nacionales) y la Comisión y de articulación de las relaciones entre el Derecho Comunitario y los derechos nacionales de defensa de la competencia¹⁴⁶:

- “el eje de la primacía positiva del derecho comunitario de la competencia”, que cumple la función de asegurar la obligación que tienen los órganos administrativos y judiciales nacionales en la aplicación de los arts.81 y 82 TCE, cuando apliquen la legislación nacional de competencia a acuerdos y prácticas susceptibles de afectar el comercio entre los Estados- miembros: en este sentido el art.3.1 del Reglamento N 1/2003 es una norma de carácter procesal.Como aclara Garrido Espá¹⁴⁷, ello conduce, en definitiva, al enjuiciamiento de las conductas a la luz de los preceptos comunitarios,
- “el eje de la primacía negativa del derecho comunitario de la competencia”, asegurando que la aplicación de la legislación nacional a los acuerdos, decisiones o prácticas a que alude el art.81.1 TCE no puede conducir a su prohibición, a no ser

¹⁴⁶ Adrián Arnaiz, J.A. y Quijano González, J. “Procedimiento...”, op.cit., pp.378- 380.

¹⁴⁷ Garrido Espá, L. “Los tribunales...”, op.cit., p.77.

que también estén prohibidas por el derecho comunitario de la competencia¹⁴⁸(nótese, que no es así para las conductas del art.82 TCE, en caso de que los Estados miembros puedan adoptar y aplicar legislaciones nacionales más estrictas).El art.3.2 del Reglamento N 1/2003 es una norma de carácter ordinamental,

- “el eje de la subsidiariedad”(art.3.3. del Reglamento N 1/2003) cumple la función de respetar el principio de subsidiariedad en el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros.Este principio plantea la cuestión(todavía sin solucionar) de la plena compatibilidad entre las legislaciones nacionales y los principios generales y demás disposiciones del Derecho Comunitario.

De lo expuesto se deduce que el nuevo Reglamento N 1/2003 reduce significativamente la aplicación del derecho nacional¹⁴⁹: el derecho de los Estados miembros va a regular el funcionamiento del Mercado interno, sólo cuando la supremacía del derecho comunitario conlleve un efecto no derogatorio o no excluyente "per se" de las legislaciones nacionales¹⁵⁰.

Es importante distinguir los casos de concurrencia de procedimientos - cuando la autoridad nacional y la Comisión siguen un procedimiento por los mismos hechos y los posibles conflictos de aplicación simultánea de ambos ordenamientos¹⁵¹:

¹⁴⁸ Véase Martínez Lage, S. “Cambio de cultura...”, op.cit., p.4.

¹⁴⁹ Para un análisis sobre el sentido de la coexistencia del derecho Comunitario y nacional de defensa de la competencia ver Alonso Soto, R. “Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia.” op. cit., pp.63 –66.

¹⁵⁰ Ver Hernández de Madrid, G.L. "Coexistencia de dos derechos de la competencia: la facultad de retirada de exención comunitaria por los Estados miembros" en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", vol. III, ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 240.

¹⁵¹ Respecto a la uniformidad de la aplicación del derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales, se han establecido las siguientes reglas:

- a) en los casos en los que se pronuncian sobre conductas, que hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, los jueces no pueden adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión(art.16.1 del Reglamento N 1/2003),
- b) cuando la Comisión tenga pendiente un procedimiento sobre las conductas enjuiciadas, el juez nacional deberá evitar entrar en conflicto con la decisión previsible, por lo que se plantean dos alternativas:
 - suspender el procedimiento hasta la decisión definitiva de la Comisión(en caso de recurso ante el TPI o casación se debe esperar la resolución del TPI o TJCE respectivamente), examinando la necesidad de adoptar medidas cautelares,
 - resolver conforme previsiblemente lo hará la Comisión, empleando diferentes instrumentos como consultar la propia Comisión o la cuestión prejudicial(art.234 TCE).

Sobre estos aspectos véase Concepción Rodríguez, J.L., Bayón Cobo, R.G. y Rodríguez Vega, L. “Coordinación entre los tribunales...”, op.cit., pp.217- 218 y Fernández López, J.M. “Los juzgados de lo mercantil...”, op.cit., p.163.

- para los casos en que el ordenamiento comunitario prohíbe el acuerdo o práctica, las autoridades nacionales no lo podrían autorizar (art. 16 del Reglamento N 1/2003), tampoco se puede hacer una interpretación extensiva de un Reglamento de Exención por Categorías¹⁵²,

- en los casos en que para el Derecho Comunitario una conducta no entra dentro de las prohibiciones del art. 81 y 82 TCE, los derechos nacionales podrían prohibir únicamente los comportamientos del art.82 TCE (y los órganos de defensa de la competencia también) sólo en caso de incidencia en la competencia dentro del mercado nacional,

- los procesos paralelos están reducidos (a diferencia del Reglamento N 17/68), porque "la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión..., privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia" - art. 11.6 del Reglamento N 1/2003,

- retirada individualizada de exenciones: cuando algún Reglamento de Exención por Categorías produzca efectos incompatibles con el art. 81. 3 TCE en el territorio de un Estado miembro que presente todas las características de un mercado geográfico distinto, la autoridad de competencia de dicho Estado miembro podrá retirar la cobertura del reglamento, pero solo por lo que respecta a dicho territorio (art. 29.2 del Reglamento N 1/2003).

- declaraciones de inaplicabilidad -declaraciones positivas (art. 10 del Reglamento N 1/2003) - las autoridades nacionales tampoco pueden cuestionar dichas declaraciones de la Comisión en base del derecho interno.

Una vez esbozados estos supuestos de concurrencia de procedimientos nacional y comunitario, es preciso señalar que históricamente han surgido dos teorías que definen las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional de defensa de la competencia.

A. La teoría de la barrera única.

Según esta teoría la aplicabilidad del Derecho comunitario excluye la aplicabilidad del Derecho nacional - se trata de una postura defendida por el autor

¹⁵² Hernández de Madrid, G.L. "Coexistencia de dos derechos de la competencia ...", p.240.

italiano N. Catalano. De este modo los acuerdos entre empresas (art. 81 TCE) deberían valorarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario. Esta teoría prescinde de la distinción entre efectos internos/efectos intracomunitarios¹⁵³.

En el proceso de elaboración del Reglamento N 1/2003, la Comisión, proponiendo la aceptación de dicho principio, que, de todos modos evitaría muchos conflictos, se ha encontrado con la resistencia de algunos Estados-miembros como Alemania y ésto dió lugar a una redacción completamente nueva¹⁵⁴ del art.3 del Reglamento N1/2003.

B. La teoría de la doble barrera¹⁵⁵.

Esta teoría conforme con la doctrina alemana y apoyada por la mayoría de los expertos en la materia, permite la aplicación simultánea a un mismo supuesto de los dos ordenamientos - comunitario y nacional. Así un acuerdo sólo es lícito si no incurre en la prohibición del art. 81. TCE y no resulte incompatible con el ordenamiento nacional: la Sentencia de 13 de febrero de 1969 en el asunto 14/68 Walt Wilhelm(1969), confirmada plenamente por el TJCE en la Sentencia de 10 de julio de 1980 en el asunto 253/78 a 3/79 Guerlain(1980) estableció inequívocamente esta teoría, declarando que un mismo acuerdo o práctica(una misma situación de hecho) puede estar sometida a la normativa comunitaria y a una o más normativas nacionales sobre competencia, si la situación de hecho de que se trate recae bajo el ámbito de aplicación de ambas normativas, pero que por aplicación del principio de primacía del derecho comunitario, el derecho nacional de la competencia sólo puede aplicarse en la medida en que no perjudique la aplicación uniforme de las normas comunitarias de competencia.

Según la opinión de Martínez Lage¹⁵⁶, confirmada por Pascual y Vicente¹⁵⁷, el art.3 del Reglamento N 1/2003 supedita la aplicación del derecho nacional de la competencia en los casos de afectación del comercio comunitario al respecto de la jurisprudencia Walt Wilhelm hasta sus últimas consecuencias, porque:

- las autoridades y tribunales nacionales deberán aplicar los arts.81 y 82 TCE simultáneamente a la aplicación de su derecho nacional de competencia a conductas que puedan afectar el comercio comunitario(art.3.1 del Reglamento citado). De este

¹⁵³ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. "Mercado único y libre competencia en la Unión Europea", op. cit. , p. 466.

¹⁵⁴ Martínez Lage, S. "Cambio de cultura...", op.cit., p.6.

¹⁵⁵ Véase Adrián Arnaiz, J.A. y Quijano González, J. "Procedimiento...", op.cit., p.381; Bercovitz, A. "Acuerdos restrictivos...", op.cit., pp.24- 28.

¹⁵⁶ Martínez Lage, S. "Cambio de cultura...", op.cit., pp.6-7.

¹⁵⁷ Pascual y Vicente, J. "La nueva política comunitaria europea...", op.cit., pp.134- 135.

modo , aplicando el principio de primacía, no se puede llegar a una solución jurídica distinta de la del derecho comunitario de la competencia,

- sin embargo, lo dispuesto en el Reglamento N 1/2003 no impide a los Estados miembros aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas respecto a las conductas susceptibles de entrar en el alcance del art.82TCE(art.3.2 del mismo Reglamento),
- lo dispuesto en el Reglamento N 1/2003 no impide que se apliquen las normas del Derecho nacional relativas al control de concentraciones o que persiguen principalmente un objetivo diferente del de los arts.81 y 82 TCE(art.3.3 del Reglamento N 1/2003).

El problema de la teoría de la doble barrera es la poca seguridad jurídica que introduce y además, la posibilidad de que los dos ordenamientos - comunitario y nacional presenten soluciones jurídicas distintas: este último problema no puede ser solucionado únicamente con la explícita norma del art.3 del nuevo Reglamento.

Considero que con el Reglamento N 1/2003 se introducen algunas características de la teoría de la doble barrera (reforzándose las facultades de las autoridades nacionales), pero al mismo tiempo, se reduce la aplicación del derecho nacional de la competencia. Tal vez la tendencia es el establecimiento de la teoría de la barrera única , suprimiendo las dificultades, existentes por la divergencia de legislaciones y controversias en la determinación de “afectación del comercio comunitario” y, en definitiva, con objeto de una mayor seguridad jurídica para las empresas.

4. El principio non bis in idem¹⁵⁸.

Según la teoría de la doble barrera es posible una aplicación paralela de ordenamientos a los supuestos de hecho, aunque el nuevo Reglamento N 1/2003 excluye en gran medida el eventual concurso de procedimientos (art. 13 del Reglamento N 1/2003) y la doble sanción. De este modo, el principio non bis in idem implicaría un único procedimiento y una sola sanción. El problema queda sin aclarar respecto al tratamiento del mismo asunto por otra autoridad nacional de competencia o por un distinto órgano jurisdiccional, cuando ya existe una decisión o sentencia y también en

¹⁵⁸ Sobre este tema ver la exposición detallada en Menéndez Rexach, E. "Comentarios que suscita la reforma desde el punto de vista de los jueces...", op.cit., pp.259- 274.

los casos de aplicación cumulativa del Derecho Comunitario y el Derecho interno a unos mismos acuerdos o prácticas ¹⁵⁹.

En primer lugar, si una autoridad nacional o la Comisión imponen una sanción por incumplimiento de los arts. 81/82 TCE, cuando existe una sanción impuesta por una autoridad de competencia a la misma parte por los mismos hechos, se seguirá aplicando la práctica establecida por el TJCE en el asunto Walt Wilhelm - asunto 14/68 Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt (1969) ¹⁶⁰: para establecer la cantidad de la multa la Comisión o la respectiva autoridad nacional de defensa de la competencia tiene que tener en cuenta la multa impuesta anteriormente. Esta regla ha sido establecida por el TJCE respecto al segundo supuesto (aplicación concurrente del Derecho Comunitario y nacional sobre competencia) pero se debe de aplicar a fortiori, asimismo por diferentes autoridades nacionales de la competencia (y la Comisión).

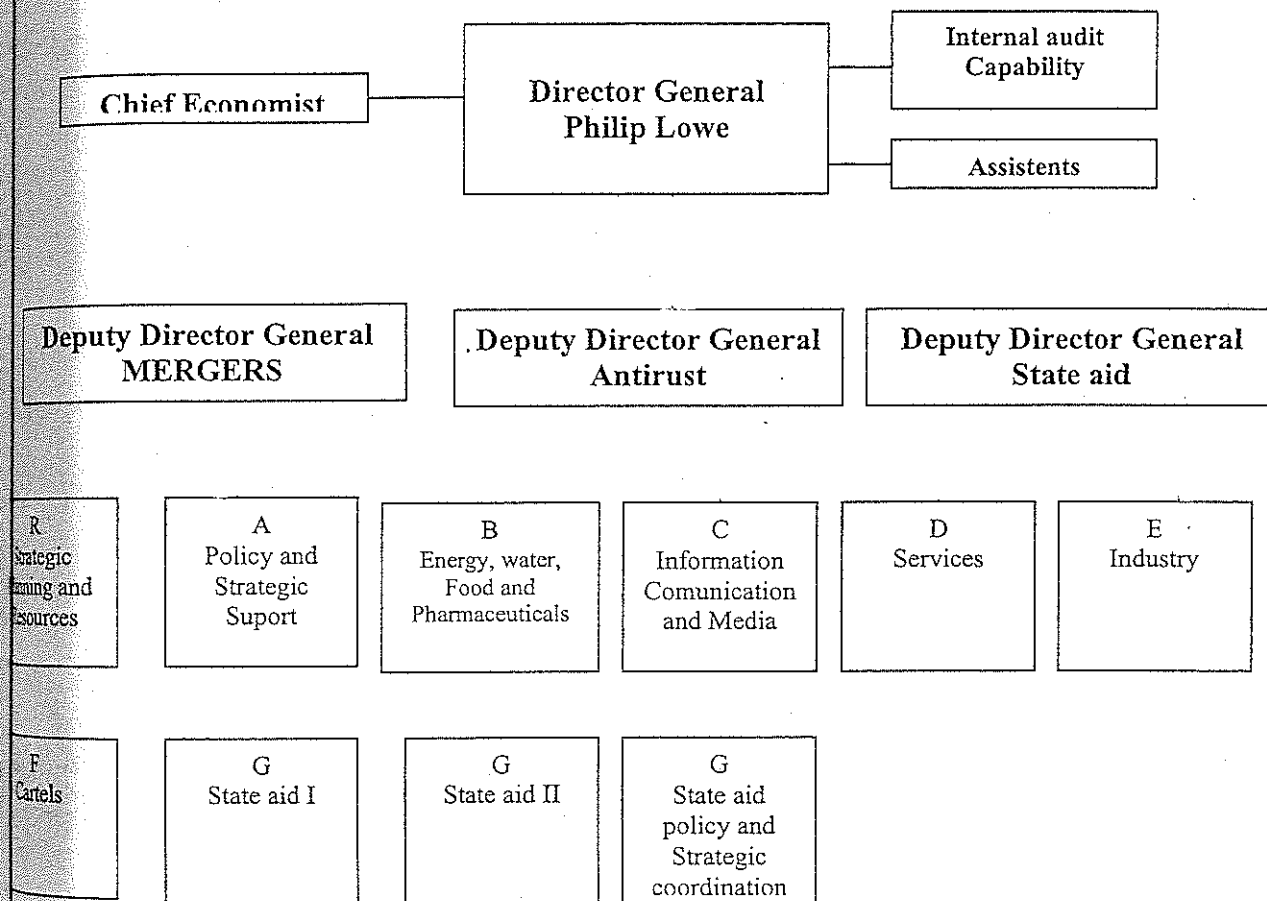
Según Calvo Caravaca y Canedo Arrillaga ¹⁶¹ en el segundo supuesto (aplicación cumulativa del Derecho Comunitario e interno por una autoridad nacional) resultará más sencillo aplicar las teorías de concurso ideal de ilícitos, “aplicando tan solo la primera de las sanciones impuestas, imponiendo la más grave de las previstas, aplicando una de las sanciones de forma agravada, infligiendo tan solo una de las sanciones principales, pero teniendo en cuenta las accesorias previstas en el otro ordenamiento, e, incluso, resultaría posible considerar la prevalencia de la normativa comunitaria frente a la interna, subsumiendo en la sanción comunitaria la sanción prevista en el ordenamiento interno”. Considero que dicha propuesta es conveniente y en tal caso en la mayoría de los asuntos se aplicará la sanción prevista en el derecho comunitario.

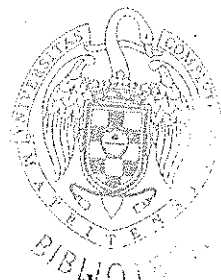
¹⁵⁹ Calvo Caravaca, A. L. y Canedo Arrillaga, M. J. "Comentarios al Libro Blanco de la Comisión sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 TC en relación con el principio "non bis in idem" en Calvo Caravaca, A. L. y Blanco-Morales Limones, P. "Derecho Europeo de la competencia" ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 421-425; Gauer, C. "Due Process in the Face of Divergent National Procedures and Sanctions", – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 9 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences.

¹⁶⁰ Lenaerts K. "Modernization of the application and Enforcement of European Competition Law - an introductory overview" en Stuyck, J. y Gilliams, H.", Modernization of European Competition Law", ed. Intersentia, Oxford, 2002, p. 31.

¹⁶¹ Calvo Caravaca, A. L. y Canedo Arrillaga, M. J. en "Comentarios al Libro Blanco de la Comisión sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE en relación con el principio non bis in idem" en Calvo Caravaca, A.L. y Blanco Morales - Limones, P. "Derecho Europeo de la Competencia", ed. Colex, Madrid , 2000, p. 423.

ANEXO N° 1





Sistematización de las reglas del derecho derivado de aplicación por la Comisión y las autoridades nacionales de competencia

Exenciones por categorías

Acuerdos horizontales:

- Reglamento (CEE) N 2821/71 del Consejo, de 20 de diciembre de 1971, relativo a la aplicación del ap.3 del art. 85 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas
- Reglamento (CE) N 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre 2000, relativo a la aplicación del ap.3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo
- Reglamento (CE) N 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre 2000, relativo a la aplicación del ap.3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización

Acuerdos verticales:

- Reglamento N 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del ap.3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas
- Reglamento (CE) N 2790/ 1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del ap.3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas
- Reglamento (CE) N 1400/ 2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del ap.3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor
- Reglamento (CE) N 240/ 96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del ap.3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología

Control de concentraciones

- Reglamento (CEE) N 139/ 2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas

Sectores especiales

Seguros

- Reglamento (CEE) N 1534/91 del Consejo, de 31 de mayo de 1991, relativo a la aplicación del ap.3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros
- Reglamento (CE) N 358/ 2003 de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del ap.3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos , decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros

Agricultura

Reglamento N 26 del Consejo sobre la aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas

Transportes

Transportes terrestres:

- Reglamento (CEE) N 1017/68 del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de competencia a los sectores de transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable

Transporte marítimo:

- Reglamento (CEE) N 4056/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986 por el que se determinan las modalidades de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos

- Reglamento (CEE) N 479/92 del Consejo, de 25 de febrero de 1992 relativo a la aplicación del ap.3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo en línea(conferencias)

- Reglamento (CE) N 823/ 2000 de la Comisión, de 19 de abril de 2000, sobre la aplicación del ap.3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos , decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo en línea regular(conferencias)

Transporte aéreo:

- Reglamento (CEE) N 3976/87 del Consejo, de 14 de diciembre de 1992 relativo a la aplicación del ap.3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo

- Reglamento (CEE) N 3975/87 del Consejo, de 14 de diciembre de 1987 por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo

- Reglamento (CEE) N 1617/ 93 de la Comisión, de 25 de junio de 1993, sobre la aplicación del ap.3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos , decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a las tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares y la asignación de períodos horarios en los aeropuertos

Ayudas públicas

- Reglamento (CEE) N 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 93(88) del Tratado
- Reglamento (CEE) N 69/ 2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas de minimis
- Reglamento (CEE) N 994/1998 del Consejo, de 7 de mayo de 1998 sobre la aplicación de los arts. 92 y 93 del Tratado a determinadas categorías de ayudas horizontales
- Reglamento (CE) N 2204/ 2002 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas estatales para el empleo
- Reglamento (CE) N 1407/2002 del Consejo, de 23 de julio de 2002 sobre las ayudas estatales a la industria de carbón
- Reglamento (CE) N 70/ 2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas
- Reglamento (CE) N 68/ 2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas a la formación
- Reglamento (CE) N 718/1999 del Consejo, de 29 de marzo de 1999, relativo a una política de capacidad de las flotas comunitarias de navegación interior para fomentar el transporte por vía navegable
- Reglamento (CE) N 1540/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998 sobre ayudas a la construcción naval

Procedimiento

- Reglamento (CE) N 1/ 2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado
- Reglamento (CE) N 447/ 98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) N 4064/ 89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas

- Reglamento (CE) N 2842/ 98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado

- Reglamento (CEE) N 2988/ 74 del Consejo, de 26 de noviembre de 1974 relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del derecho de transportes y la competencia de la CEE

CAPÍTULO TERCERO: LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA

A. EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

I. GÉNESIS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. LAS LEYES DE 1963 Y DE 1989.

Siguiendo “la tendencia generalizada en Europa tras la Segunda Guerra Mundial” el Gobierno español firmó el Convenio sobre Ayuda Económica, de 26 de Septiembre de 1953 con el Gobierno de los EE.UU, en que se había fijado que el Estado español asumía el compromiso de “desalentar las prácticas y arreglos comerciales que tengan carácter de monopolio o cártel de los que resulte una restricción de la producción y un aumento de los precios o que pongan trabas al comercio internacional”¹. La firma del Tratado de Roma (1957) y la solicitud de adhesión al Mercado Común han sido los dos siguientes hechos con importancia significativa con vistas a la aprobación de la Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, que fue la primera Ley antitrust en España, y la creación por esta Ley del Tribunal de Defensa de la Competencia². La Ley establecía una jurisdicción especial: “se pretendía asimilar en gran medida el poder judicial y se limitaban extraordinariamente las posibilidades de enjuiciamiento contencioso de las Resoluciones”³ de dicho órgano. Según Soriano García se distinguía organizativamente entre un Fiscal Administrativo⁴ - el Servicio de Defensa de la Competencia y un Tribunal Administrativo Judicial - el Tribunal de Defensa de la Competencia con funciones de resolución y tampoco se indicaba con precisión la naturaleza administrativa del órgano creado: “se crea el Tribunal de Defensa de la Competencia, adscrito en lo administrativo, en el Ministerio de Comercio” (art. 7 de la Ley 110/1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia). De este modo, en palabras de Garrigues, la intención del legislador no ha

¹ Soriano García, J.E. “Derecho público de la competencia”, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 270; véase asimismo Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964, p.37.

² Sobre el desarrollo de la legislación de competencia en España : Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, ed. Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964, Bercovitz, A. “La formación del Derecho de la competencia”, Madrid, 1975, pp.71 y ss., Galán Corona, E. “Acuerdos restrictivos a la competencia”, ed. Montecorvo, Madrid, 1977, pp.103- 128.

³ Soriano García, J.E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 274.

⁴ Ver Baena del Alcázar, M. “Regulación jurídica de la intervención administrativa en la economía”, Madrid, 1966, p.205.

sido privar al Ministerio de Comercio de una competencia, que se consideraba propia del mismo Ministerio para trasladarla a otra jurisdicción, sino de regular la suya de forma tal que la haga eficaz en orden de cumplimiento de los fines que ha de realizar.⁵ Así, el Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia se designaba por el Jefe del Estado y los ocho vocales se nombraban por Decreto, a propuesta del Ministro de Comercio⁶ (art. 8 LRPRC). Sin embargo, según el apartado 2 del art. 7 “el Tribunal gozará de plena y absoluta independencia”⁷.

Es de interés observar que existía, además, un Consejo de Defensa de la Competencia creado como órgano consultivo del Ministerio de Comercio, cuyo Presidente era el Director del Servicio de Defensa de la Competencia y compuesto por 6 vocales, representantes de los Ministerios de índole económica y 6 vocales, representantes de los sindicatos. Aunque sus funciones debían ser meramente consultivas, tenía atribuida la facultad de proponer la iniciación de los expedientes, que según Garrigues excede el carácter consultivo del órgano.⁸

Baño León⁹ considera que el “eclecticismo entre el neoliberalismo y el intervencionismo administrativo”, manifestado en la Ley tenía las siguientes características en el plano orgánico:

- El Tribunal de Defensa de la Competencia era un órgano administrativo funcionalmente independiente, quasi jurisdiccional, pero el Servicio de Defensa de la Competencia que es quien instruye los expedientes, era un órgano administrativo sujeto a la jerarquía ministerial que se integraba en el Ministerio de Comercio.
- La separación entre el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia pretendía hacer creíble la idea de que el segundo constituye una jurisdicción especializada: de ahí la exclusión del control contencioso-administrativo de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 29 LRPRC).
- El Tribunal de Defensa de la Competencia no disponía de la plenitud de competencias en la materia de prácticas restrictivas y carecía del instrumento más

⁵ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., p.110.

⁶ Véase Guillen Caramés, J. “Libre competencia y Estado autonómico”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p.40.

⁷ Sobre la contraposición independencia/integración en el Ministerio de Comercio, véase Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., pp.111- 112.

⁸ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., pp.120-121.

⁹ Baño León, J. M. “Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia”, ed. Mc Craw Hill, 1996, p. 30.

importante en este ámbito: la potestad sancionadora quedaba en manos del Gobierno¹⁰, ya que las sanciones se proponían por el Tribunal (art. 15.1b) y 28 de la LRPRC). La desobediencia de las intimaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia no podía ser sancionada por el mismo.

- Existía una clara incongruencia entre el art. 1.2 y el art. 10 de la LRPRC: la Ley reservaba la declaración de prácticas prohibidas al Tribunal de Defensa de la Competencia, pero los Tribunales de Justicia exigían el cumplimiento de acuerdos contrarios a la LRPRC, mientras el TDC no los hubiera declarado.

Es de gran interés observar que ha habido en aquellos tiempos varias discusiones respecto a la naturaleza jurídica del TDC. Distinguidos juristas como Garrigues lo califican como “un Tribunal jurisdiccional con carácter administrativo”¹¹, siendo su argumento principal que la subsunción de una concreta hipótesis de hecho en una norma legal es una actitud propia de los Tribunales: se trata no sólo de cuestiones de hecho, sino también de cuestiones de derecho, resueltas por el TDC en instancia única, cuyo fallo produce los efectos de la cosa juzgada material¹². Según el mismo autor el carácter jurisdiccional del órgano se confirma por la facultad del TDC de declarar la nulidad de los acuerdos colusorios (art. 13 LRPRC). En esta misma línea García Trevijano considera que se trata de un órgano judicial con competencias especializadas¹³. Pero en la tesis de otros autores como Carretero, se trata de un órgano de la Administración con carácter jurisdiccional, porque el TDC era juez y parte a la vez, decidiendo sobre un expediente tramitado por la propia Administración, sustituyéndola si fuera necesario, no por vía del examen, sino activamente¹⁴. Se ha mantenido asimismo una postura intermedia, que pone de manifiesto que el TDC tiene sólo parcialmente la naturaleza de Tribunal, pues no pertenece al orden jurisdiccional y sólo un sector de sus actuaciones son revisables por los tribunales contencioso- administrativos¹⁵.

¹⁰ Véase Berenguer Fuster, L. “Sistema de defensa de la competencia”, ed Alternativas, Madrid, 2004, p.11.

¹¹ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., p.111.

¹² *Ibíd.*, p.115.

¹³ Cit. por Cases, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.243.

¹⁴ Carretero Pérez, A. “Comentarios a la Ley de 20 de julio de 1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia”, RDAF N 9, 1964, cit. por Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., p.43; véase asimismo Mendizábal Allende, R., que no estima exacto afirmar que la independencia del TDC puede ser un argumento a favor de la naturaleza judicial del TDC- “El Tribunal de Defensa de la Competencia”, cit. por Cases, L. “Derecho administrativo”, op.cit., p.245.

¹⁵ Véase Sosa Wagner, F. “Jurisdicciones administrativas especiales”, ed. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1977, p.112.

Así, el Tribunal de Defensa de la Competencia fue considerado por una gran parte de la doctrina un órgano con "orientación cuasi-judicialista"(es decir, que ejerce en parte funciones de carácter judicial¹⁶) por la preferencia de la selección del personal del jurídico y fiscal, por el paralelismo con el régimen de incompatibilidades del poder judicial, por el régimen de responsabilidades, etc...Se creaba un órgano que tenía todo el "monopolio legal" de aplicación de la Ley 110/1963- en el epígrafe IV.3.1. de la Exposición de Motivos se señalaba que la determinación de prácticas restrictivas como contrarias al orden público económico por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia constituía una presunción legal en cuanto a las demás esferas jurisdiccionales en relación con los hechos probados, lo que excluía el control judicial sobre los hechos (art. 10 de la LRPRC): las declaraciones de resolución de prácticas prohibidas tenían efectos constitutivos y eran irrevisables¹⁷ : el art. 29 de la LRPRC excluía las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia del control posterior y sólo se admitía el recurso de súplica ante el Pleno del Tribunal¹⁸.Es decir, establecía la LRPRC una doble previsión: por un lado el art.29 excluía del recurso contencioso-administrativo las resoluciones que el TDC dictase y de otro, el art.31 reconducía al recurso contencioso- administrativo la impugnación de los acuerdos del TDC de imposición de multas y contra aquellos no exep tuados en el art.29 por infracciones de normas legales, incompetencia, desviación de poder y vicio esencial de forma, causando indefensión¹⁹.

Respecto al SDC, establecido por la misma Ley(el génesis del SDC se estudiará más adelante), en palabras de Garrigues se trata de un “servicio preparatorio de la actividad del Tribunal”²⁰.En el mismo sentido Casés afirma que “la acción del SDC se caracterizaba por limitarse a ser preparatoria de la del TDC.De este modo el Órgano Administrativo no adoptaba decisiones o resoluciones, sino que limitaba su tarea a aportar al órgano jurisdiccional la información necesaria y las pruebas oportunas para que éste pudiese adoptar las decisiones pertinentes”²¹ .

¹⁶ Véase Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.11.

¹⁷ Soriano García, J. E. “Derecho público de la competencia” op. cit., p. 277-279.

¹⁸ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., p.110.

¹⁹ Véase Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., p.43, bajo línea y Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.248.

²⁰ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., p.118.

²¹ Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.252; véase asimismo Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., p.45.

Y ¿cuáles eran las consecuencias del establecimiento de dicho sistema de defensa de la competencia en España?

Como el derecho no puede alejarse de la realidad política y económica, una norma sólo es eficaz cuando existe un entorno favorable para su aplicación: Casés afirma que la LRPRC “era una norma que no se adecuaba al régimen económico intervencionista, propio del momento en que aparece”²² y en palabras de Guillén se trataba de “una evidente desconexión entre el sistema de defensa de la competencia recién implantado y el conjunto de la política económica”²³. En España en 1963 no había una cultura de aplicación de las normas de competencia. La Ley 110/1963 fue motivada en buena medida por necesidades de homologación al derecho de los países de la Comunidad Europea²⁴ y a falta de medidas de liberalización de la economía española se aplicó pocas veces: en 22 años de actividad el Tribunal de Defensa de la Competencia dictó poco más de 300 resoluciones²⁵. La escasa eficacia del TDC se ha comentado por la doctrina en varias ocasiones²⁶.

La entrada de España en la CE enfrentó a la economía española al objetivo de transformarse para competir en el Mercado europeo. En este contexto la LRPRC no podía responder a las nuevas necesidades tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el punto de vista de su aplicación por las autoridades correspondientes. Este sistema legal ha sido sustituido ya en la época constitucional por la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC) con un sistema que promoviera la libertad de empresa y la libre competencia. Se creó el Tribunal de Defensa de la Competencia ya como un órgano de la Administración sin paralelismos con órganos jurisdiccionales.²⁷ El SDC se ha mantenido como un órgano integrado en el Ministerio de Economía con facultades de instrucción. Las instituciones de defensa de la competencia no sólo se configuraban como órganos, encargados de perseguir conductas, puesto que también deberían de actuar como reguladores del Mercado en materia de competencia y existía

²² Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.217.

²³ Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., p.49.

²⁴ Véase en este contexto Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., pp.38- 40.

²⁵ Pérez-Bustamante, R. “Lección inaugural: fundamentos históricos y jurídicos del derecho de la competencia en la Unión Europea y en España”, en Ortíz Blanco, L. “Derecho de la competencia europeo y español”, ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 25.

²⁶ Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., p.48; Baño Leon, J.M. “Potestades administrativas...”, op.cit., p.30; Tribunal de Defensa de la Competencia “La libre competencia en España”, 1996 disponible en www.tdcompetencia.es, p.12.

²⁷ Pérez Bustamante, R. “Lección inaugural...”, op.cit., p.25 ; Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.11.

una tendencia a encomendar estas funciones reguladoras del Mercado(que son funciones de índole administrativa, expresión de la potestad administrativa de policía) a las Administraciones Independientes²⁸

Como afirma Fernández López, los borradores de anteproyectos trataban en principio una modificación más profunda de las autoridades de defensa de la competencia, aunque de signo muy diverso, hasta que, al final, el Proyecto de ley, aprobado por el Gobierno no supuso un modelo tan revolucionario pues conservó parte de las estructuras vigentes, a las que modificó para su adecuación al nuevo marco económico español y europeo. Aquellos modelos iban desde el que proponía la incardinación del SDC en la estructura del TDC, potenciando las facultades de éste y dejando las del Servicio reducidas a las meramente instructoras y de representación internacional. Otro, diametralmente distinto, partía de la base de crear un Ente Público(Instituto de Defensa de la Competencia), dirigido por un responsable nombrado y removible por el Gobierno, que integraba una Secretaría General, el SDC y el Tribunal y éste último reducido en sus funciones casi a la mera decisión sobre los expedientes, mientras que el Servicio y la Secretaría General se configuraban con importantes facultades consultivas, de redacción de informes y otras, pareciendo que incluso se les encargaba el diseño de la política de competencia.²⁹

El Tribunal de Defensa de la Competencia fue diseñado como un órgano de la administración pública funcionalmente independiente, dependiendo orgánicamente del Secretario de Estado de Economía³⁰. La Ley de Defensa de la Competencia del año 1989 ya no considera dicho Tribunal como un órgano jurisdiccional: la aplicación de la Ley, en cuanto trata de garantizar el orden económico constitucional en el ámbito de la economía de Mercado desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, se encomienda a Organos Administrativos (Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia). En la misma Exposición de Motivos se destaca que estos últimos tienen carácter especial tanto por la esencial complejidad de la materia, como por la precisión de dotar al sistema de la independencia necesaria respecto de la Administración activa, todo ello sin perjuicio del control judicial de sus actos.

²⁸ Ver Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.10.

²⁹ Véase Fernández López, J.M. "Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de ley de reforma parcial 1", GJUEC N 204, diciembre, 1999, pp.79 y ss.; Uría Fernández, F. "Aspectos jurídicos más relevantes de la reforma de la legislación de competencia" en la misma GJUEC, p.73.

³⁰ Fernández-Lerga Garralda, C. "Derecho de la competencia", ed. Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 375.

Conforme a la evolución sustantiva de la política comunitaria en materia de defensa de la competencia, se establecía el TDC como un órgano independiente cuya finalidad, acorde con el sistema de defensa de la competencia, diseñado por la UE y a escala global, es garantizar la competencia como bien superior en un determinado modelo político económico. Este órgano debería garantizar el buen funcionamiento del mercado competitivo (un mercado desarrollado, a diferencia de las condiciones de mercado existentes en los años -60 y -70 en España) evitando distorsiones y acumulaciones de poder económico.

II. ORGANIZACIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO AGENCIA INDEPENDIENTE.

La Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia no aclara la naturaleza jurídica del Tribunal y qué tipo de organización administrativa es: organismo público, organismo autónomo, administración independiente... La Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado tampoco precisa esta cuestión³¹, pero por su parte la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social ha modificado la naturaleza jurídica del TDC: este órgano se configura ahora como un organismo autónomo, con personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión en los términos, establecidos en la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Aunque en palabras de Moreno Molina se pueden ver algunos paralelismos con los órganos jurisdiccionales³², se trata de un órgano administrativo cuyas características - que se aclaran a continuación - lo sitúan en el concepto de agencia independiente. Según Cases Pallarés "la estructura organizativa de la Ley de Defensa de la Competencia tiene como característica fundamental la consideración del Tribunal de Defensa de la Competencia como un Órgano Administrativo Independiente

³¹ Moreno Molina, A. M. "Aspectos institucionales del derecho de la competencia" en Calvo Caravaca, A. L. y Morales Limones, P. B. "Derecho europeo de la competencia", ed. Constitución y Leyes, Madrid, 2000, p.442.

³² -el funcionamiento colegiado-art.24 LDC

-el riguroso régimen de incompatibilidades e inamovilidad-art.22 y 23 LDC

-el procedimiento contradictorio con fase probatoria, las "diligencias para mejor proveer"- art.43 LDC

-las decisiones del TDC ponen fin a la vía administrativa-art.43.3.LDC.

de la Administración activa"³³: en méritos del art. 20 de la Ley de Defensa de la Competencia el Tribunal de Defensa de la Competencia ejerce sus funciones con plena independencia. El mismo autor indica que con la creación del Tribunal como Administrativo Independiente se pretende separar las decisiones de carácter político de las decisiones en el ámbito de la competencia y que se trata de una mayor garantía de la neutralidad frente a los grupos de intereses.

Así, el mismo art. 20 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia se configura como organismo autónomo³⁴. Las principales notas en las que se debe de enfatizar en relación con la independencia del Tribunal son las siguientes³⁵:

1. La autonomía orgánica, que se garantiza por:

- La creación y disolución por ley (La Ley de Defensa de la Competencia).
- La personalidad jurídica propia (art. 20.1 LDC).
- El patrimonio separado (art. 20.4 LDC).
- La elaboración de anteproyecto de Presupuesto.
- La capacidad de autoorganización: la elaboración por el Tribunal de su propio Reglamento interno en virtud del art. 24.3. LDC, aunque dicho Reglamento se aprueba por el Gobierno.
- La colegialidad del Órgano.
- Su sometimiento al ordenamiento jurídico (art. 20 LDC).

2. La Autonomía funcional.

Según Salvador Martínez³⁶ el Tribunal de Defensa de la Competencia no puede recibir órdenes e instrucciones del Gobierno, aunque está adscrito al Ministerio de Economía. La autora apunta que, al contrario, según Betancor Rodríguez no caben instrucciones, pero sí directrices que son actos menos intensos que las órdenes.

³³ Cases Pallarés, L. "Derecho administrativo de la defensa de la competencia", ed Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 281.

³⁴ Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.18 destaca que el hecho de ser organismo autónomo exclusivamente significa que el sistema de contratación es propio al Derecho Privado y no del Derecho Administrativo, pero no implica mayor independencia del TDC.

³⁵ En esta misma línea resulta especialmente interesante el artículo de Bétancor Rodríguez, A. "Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos" en Arana Muñoz, J. R. (dir.) "La Administración Pública española", ed. INAP, Madrid, 2002, pp.599 – 619.

³⁶ Salvador Martínez, M. "Autoridades Independientes", ed. Ariel, Barcelona, 2002, p. 234.

Las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia tienen efecto vinculante y agotan la vía administrativa.

3. La autonomía personal³⁷.

- Mandato mayor de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia que del Gobierno que los ha designado.
- Causas tasadas de cese y suspensión en el ejercicio del cargo (art. 23 LDC).
- Causas de incompatibilidad (art. 22 LDC).
- La consideración de altos cargos de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 21.3 LDC).

En cuanto a las tres características analizadas (la autonomía orgánica, funcional y personal) se puede afirmar, que la autoridad de defensa de la competencia en España posee los principales rasgos de las Agencias Independientes, existentes en los EE.UU, con especial referencia a la FTC, aunque hay que tener en cuenta el hecho que cuando las necesidades públicas aconsejan atribuir poderes normativos y casi judiciales a la Administración, en el derecho norteamericano se crean Agencias, mientras que en el derecho continental las agencias independientes no son un medio para incrementar los poderes de la Administración, sino para justificarlos³⁸ y esta es una de las principales diferencias respecto a las Agencias Independientes estadounidenses. Como se ha observado, la FTC ocupa un lugar específico en el sistema de equilibrio de poderes, pero configurándose como un órgano administrativo. En la misma línea de observaciones, conforme a las de Baño Leon conducen las reflexiones de Casés, citando a Tornos Más, en sentido que la independencia del TDC pretende atribuir una mayor legitimación a la actuación de la Administración de la que deriva la tradicional presunción de validez de los actos administrativos. Así, Tornos Más indica que el sistema organizativo se caracteriza por “mantener la aplicación de la ley en la esfera administrativa, pero a través de unos órganos dotados de independencia, de manera que, la legitimidad de sus resoluciones se encuentre en esta independencia y no en la genérica presunción de validez de los actos administrativos”³⁹. Así, en la recapitulación

³⁷ Parada Vázquez, R. "Derecho administrativo I", ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 401; Cases Pallares, L. "Derecho de defensa de la competencia" op. cit., p. 401, Jiménez de Cisneros Cid", op. cit., p. 312.

³⁸ Baño Leon, J. M. "Potestades administrativas...", op.cit.

³⁹ Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.402, cit. a Tornos Más, J. "Comercio interior y exterior".

de Casés, la legitimidad deriva de la acción misma de un órgano que no depende de los responsables políticos de la Administración.

Sin permitirme desviaciones injustificadas del tema, apuntaré otra diferencia con el sistema institucional de defensa de la competencia norteamericano, por lo que sería necesario aceptar otra perspectiva sobre la independencia del TDC, pero en el ámbito comunitario. Desde esta perspectiva el TDC se establece como una de las autoridades que integran la Red de Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia, con la obligación de realizar sus facultades en estrecha coordinación y colaboración con la Comisión (estableciéndose dicha autoridad comunitaria como el eje principal de la Red) y las demás autoridades de competencia de los Estados- miembros. Sin entrar en detalle, y aceptando esta perspectiva, considero que la independencia del TDC respecto a la Comisión y las demás autoridades de competencia europeas podría aceptarse de una manera relativa y esta es otra diferencia respecto a la autoridad de competencia estadounidense.

Considero necesario añadir una nota importante respecto a la independencia del TDC: especialmente criticada por la doctrina es la designación gubernamental⁴⁰ del Tribunal de Defensa de la Competencia, la dependencia funcional (art. 21.1 LDC) respecto al Servicio de Defensa de la Competencia⁴¹ y la integración formal al Ministerio de Economía - "adscrito al Ministerio de Economía, el cual ejerce un control

⁴⁰ Cases Pallares, L. "Derecho administrativo de la defensa de la competencia", op. cit. pp. 400-404; La designación gubernamental de los vocales ha sido criticada asimismo por G. Ariño y Lopez de Castro: los autores afirman que frente a esta designación podría haberse establecido al menos una comparecencia obligatoria ante el Parlamento de las personas propuestas, Ariño Ortiz, G. y Lopez de Castro, L. "Derecho de la competencia en sectores regulados", ed. Comares, Granada, 2001 y recientemente por Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op. cit., p. 25, quien afirma que "indudablemente no es posible exigir un nombramiento parlamentario como si fuera un órgano constitucional, que no lo es, pero hay ciertas fórmulas intermedias, que resultan aconsejables, tales, como exigir una previa comparecencia ante la Comisión de Economía del Congreso o del Senado" y que se establezca que no puede ser nombrado el que no obtenga la mayoría de los miembros de dicha Comisión.

⁴¹ En la opinión de Casés, L. ("Derecho administrativo...", op. cit., p. 405) el mantenimiento actual de la separación de funciones en dos órganos y la existencia del posterior recurso "implicará que el particular encontrará un procedimiento de 3 fases: una de instrucción ante el SDC, otra de resolución ante el TDC y, en su caso, una tercera de revisión ante el orden contencioso- administrativo. Ello genera importantes duplicidades y una lógica lentitud en la resolución final de las controversias". Además "la separación de la fase instructora del TDC supone una reducción de su operatividad". Casés habla de una "dependencia material" en cierto modo del TDC respecto al SDC, porque si el SDC no desarrolla con plenitud sus funciones, el TDC no podrá desarrollar tampoco las suyas. Así, la actitud del TDC depende de una forma significativa de la actividad de un órgano ministerial. En consecuencia, el TDC puede ver limitada su actividad por la decisión del Ministerio que dicta órdenes e instrucciones al SDC. A esto se puede añadir la observación de Escudero, A., Ferrer, R., García, J. A., Rincón, R., Sopeña, V., Zuelco, T. en "Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español", ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 34, que "este modelo de instrucción por el Servicio y resolución del Tribunal se está quebrando últimamente en virtud

de eficacia sobre su actividad”(art. 20.6 LDC). En este contexto Fernández Ordóñez⁴² señala que es necesaria una reforma y que es indispensable fortalecer técnicamente y garantizar la independencia de la autoridad encargada de la defensa de la competencia, para lo cual sería útil aprender de la experiencia alemana de un órgano único, así como revisar el sistema de nombramientos y devolver al Tribunal de Defensa de la Competencia su función de advocacy, etc... Beneyto Pérez y asimismo Berenguer Fuster⁴³ proponen dar forma a un único órgano que elimine la dualidad existente – SDC / TDC – obviando las críticas acerca del sistema.⁴⁴ Para estos autores ello no es óbice para mantener la diferencia entre el órgano encargado de la instrucción y el órgano encargado de la resolución de los expedientes. Además, en la organización institucional, por ejemplo, de los EE.UU esta separación de funciones existe en el esquema de un órgano único, la FTC.

Se puede sugerir asimismo un cambio en el sistema pero no desde el punto de vista organizativo(un órgano único), sino desde el punto de vista funcional: ampliar las competencias de control del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la actividad del Servicio de Defensa de la Competencia, posibilidad de remitir al Gobierno propuestas de reformas de la legislación sobre competencia y conferir al Tribunal de Defensa de la Competencia las relaciones con la Comisión y las autoridades comunitarias de competencia.

III. LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA.

Recientemente se ha aprobado una nueva norma en relación con las directrices comunitarias, establecidas con el Reglamento N 1/ 2003: se trata del Real Decreto 2295/2004 de 10 de diciembre (BOE N 308 de 23 de diciembre de 2004) relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia. Este Real Decreto establece el siguiente esquema de reparto de competencias entre el TDC y el SDC⁴⁵ respecto a la aplicación del derecho comunitario de la competencia:

de la paulatina traslación de competencias del Tribunal a favor del Servicio llevada a cabo por nuestro legislador”; véase asimismo Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, p.11.

⁴² Fernández Ordóñez, M.A. “La política de competencia en España”, “Papeles de economía española”, N 100/2004, p. 131.

⁴³ Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., pp.24-25.

⁴⁴ Beneyto Pérez, J. M. “Introducción” al “Tratado de derecho de la competencia”, op. cit., p .LXXXIII.

⁴⁵ *Ibíd.*, p.LXXXIV.

El TDC se configura como un órgano encargado de la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE y de su derecho derivado y de informar a la Comisión sobre los expedientes de concentraciones. (art.1 del citado Real Decreto N 2295/2004).

El SDC se configura, con carácter exclusivo, como un órgano de instrucción tanto en la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE, como también en los expedientes de concentraciones. El Servicio estará asimismo encargado con la misión de coordinación entre las autoridades españolas y la Comisión y entre las autoridades españolas y las autoridades de competencia de los demás Estados – miembros en la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia.(art.2 y art.4 del citado Real Decreto 2295/2004).

En opinión de una gran parte de la doctrina , la LDC precisa una rápida reforma que responda a las exigencias actuales de una adecuada política de competencia en paralelo con las normas comunitarias.Además, se precisa la revitalización de los órganos de defensa de la competencia, mediante el reforzamiento de su independencia⁴⁶. En este contexto el 20 de mayo de 2005 ha sido publicado el “Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia”⁴⁷ que plantea un cambio general del régimen institucional antitrust en España: se propone dar forma a un órgano único de defensa de la competencia. Aunque el sistema actualmente existente se valora positivamente en cuanto a la capacidad técnica de análisis, la garantía de la separación de las funciones de instrucción y resolución y la independencia del órgano, se considera que se presentan debilidades relacionadas con la necesidad de reforzar la eficacia en la actuación y la inadecuada articulación de las actuaciones en los diferentes planos⁴⁸: se trata de la duplicación de trámites del procedimiento y longitud de plazos hasta la firmeza de las resoluciones, la insuficiente delimitación de competencias con los reguladores sectoriales y la inadecuada imbricación de los planos administrativo y judicial.

⁴⁶ Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.5 y pp.24-25.

⁴⁷ Ministerio de Economía y Hacienda, “Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia”, 20 de enero de 2005.

⁴⁸ Ibíd., p.8 y pp.33 – 35; en este mismo contexto Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.5, afirma que la dualidad actual TDC/SDC no es sostenible; en la p.13 el autor señala que mientras se mantenga el esquema actual de dualidad no podría hablarse de plenitud de independencia de los órganos de defensa de la competencia, máxime si, como ha ocurrido con posterioridad a 1996, muchas de las reformas introducidas en la Ley han sido encaminadas a fortalecer el Servicio en detrimento del Tribunal, que es el órgano independiente; ver asimismo la postura de Casés: nota 40, supra.

Con el objetivo de conseguir un avance del esquema institucional en España se considera que hay que avanzar en cuanto a la eficacia, transparencia, independencia y coherencia, para lo que se dan cuatro propuestas principales:

1. Creación de una única Autoridad Independiente de competencia que realice las actuales funciones del SDC y TDC.
2. Búsqueda de mecanismos para agilizar la ejecución de las resoluciones.
3. Reforzar la coordinación con los reguladores sectoriales.
4. Integrar adecuadamente los planos administrativo y judicial en la defensa de la competencia.

En esta parte del trabajo me centraré sobre el primer punto de las propuestas: la creación de una única Autoridad Independiente de defensa de la competencia en España.

Se considera que hay dos alternativas principales: o bien integrar el SDC en el TDC o bien crear una nueva Autoridad Independiente que integre las funciones que actualmente ejercen estos dos órganos. Así se propone la creación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Dentro de los límites de la LOFAGE “la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia iría más allá de lo previsto para los organismos autónomos, y por tanto, se enmarcaría dentro de la tipología de otros “organismos públicos singulares” creados por ley, con un régimen jurídico caracterizado precisamente por su diversidad, en atención a sus especiales características y funciones”⁴⁹.

En cuanto a la estructura de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia se proponen alternativamente:

- un esquema vertical, con un órgano colegiado de resolución y dirección de la institución, del que dependerá el órgano de instrucción
- un esquema piramidal, con un Presidente del que dependerían los dos órganos: un órgano colegiado de resolución y otro de instrucción

Se estima más conveniente la segunda propuesta, ya que en el primer supuesto no quedarán claramente separadas las funciones de instrucción y resolución, dada la dependencia jerárquica de la primera respecto a la segunda. Así se propone que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, dirigida por su Presidente, tenga tres pilares fundamentales: el Consejo o TDC – órgano colegiado de resolución, la

⁴⁹ *Ibíd.*, p.34

Dirección de Investigación o SDC – órgano de instrucción y vigilancia y la Secretaría General– órgano de gerencia y de funciones horizontales.

IV. EL SISTEMA DE ELECCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. Elección de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El Tribunal de Defensa de la Competencia está regido por el Pleno, integrado por el Presidente y 8 Vocales, nombrados por el Gobierno (mediante Real Decreto), a propuesta del Ministro de Economía.

Los Vocales tienen que ser juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio (art. 21.1 LDC). El Vicepresidente se elige por el Pleno.

En opinión de Casés se trata de “un órgano de pura designación gubernamental”, el autor citado destaca “el casi ilimitado margen de decisión”⁵⁰ de que dispone el Gobierno para designar los vocales del TDC y la designación de los miembros es la primera nota significativa para apreciar la independencia del órgano⁵¹. En el mismo sentido Berenguer Fuster pone de manifiesto que “hasta ahora el TDC es nombrado por el Gobierno entre profesionales con determinada antigüedad, pero sin ningún límite ni control”⁵², sugiriendo la iniciativa de proponer los candidatos al Gobierno, a las CC.AA y, en el supuesto que sean jueces o magistrados, al Consejo General del Poder Judicial. Tras ser superado el trámite parlamentario, el nombramiento correspondería al Gobierno (el autor recomienda la elección de los vocales por la Comisión de Economía del Congreso o del Senado)⁵³.

Conviene poner de relieve, en este contexto, que una de las notas que garantizan la independencia de la autoridad encargada con la misión de defensa de la competencia en los EE.UU es la aprobación parlamentaria del nombramiento presidencial de los vocales de la FTC.

2. Quorum y mayorías.

El Tribunal de Defensa de la Competencia funciona en Pleno, que se entiende válidamente constituido con la asistencia del Presidente, el Vicepresidente y cinco

⁵⁰ Casés, L “Derecho administrativo...”, op.cit., pp.284- 285.

⁵¹ *Ibíd*, p.287.

⁵² Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.25.

⁵³ Ver nota 39, *supra*.

vocales (art. 24.1 LDC) .Para la adopción de los acuerdos se necesita una mayoría absoluta (art. 24.2 LDC).

3. Requisitos de elegibilidad e incompatibilidades de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Anteriormente se ha enfatizado (en relación con la FTC) que las Agencias Independientes son órganos con un alto nivel de especialización, compuestas por expertos en la materia (en nuestro caso, en materia de defensa de la competencia), lo que explica la exigencia de que los miembros sean juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio. En este contexto resulta especialmente importante la afirmación de Garrigues, que cuando se trata de una ley destinada a regular el funcionamiento del mercado, “materia ésta de suyo cambiante y mudable que reclama una preparación especial y una gran sensibilidad en los llamados a poner en movimiento la ley, si quieren armonizar los postulados de la justicia con las exigencias de la política económica de cada momento”.⁵⁴

El art. 22 LDC, establece las incompatibilidades de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia: el Presidente y los Vocales deben de ejercer su función con dedicación absoluta y tienen las incompatibilidades establecidas para los altos cargos de la Administración del Estado. El propio Tribunal de Defensa de la Competencia resuelve sobre las recusaciones e incompatibilidades de los miembros (art. 27 c) LDC). Casés Pallarés apunta que “La Ley de Defensa de la Competencia no contiene ninguna previsión respecto a la actuación del Presidente y de los Vocales cuando han cesado de su cargo. Un rígido sistema de incompatibilidades parece que exigiría también establecer ciertas limitaciones a las actuaciones futuras de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia durante un plazo de tiempo determinado”.⁵⁵

Como se ha señalado, los requisitos de elección y las incompatibilidades son una garantía más para la independencia del TDC. Sin embargo, coincido con Garrigues al afirmar que “la independencia de un Tribunal no está en las palabras de la ley, sino en la

⁵⁴ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., p.104.

⁵⁵ Casés Pallarés, L. "Derecho administrativo de la defensa de la competencia" , op. cit., p. 289.

conducta de las personas...yo creo que la cuestión de la independencia es un problema de personas y no de declaración de principio”⁵⁶.

4. Duración del mandato y cese de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El nombramiento del Presidente y los vocales por un período determinado constituye una garantía más frente a la posibilidad de capturas. Su mandato es de 5 años⁵⁷, renovables por una sola vez (art. 21.2 LDC), un período equivalente al del de la mayoría de las legislaciones de competencia. Se trata de un mandato mayor que del Gobierno que ha designado los miembros: de este modo se evitan en gran medida las relaciones de dependencia política Tribunal de Defensa de la Competencia - Gobierno. Este sistema garantiza en cierto grado la independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia⁵⁸. La exigencia de no renovación del mandato excepto por una sola vez garantiza un mayor grado de aislamiento del órgano de defensa de la competencia de varios tipos de capturas (políticas, regulador-regulado, etc...). La Ley 9/2001 ha introducido algunos cambios en la Ley 16/89 de Defensa de la competencia en relación con el período de permanencia del Presidente y los Vocales si se trata de sustitución de otros miembros antes de la finalización de su mandato y la permanencia en el cargo de los miembros, una vez expirado su mandato hasta la toma de posesión de los nuevos vocales (art. 21.2 LDC)⁵⁹.

Como se ha puesto de relieve anteriormente en el trabajo, el Gobierno no puede cesar libremente a los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia, ni suspenderlos en el ejercicio de sus funciones (art. 23 LDC).

De acuerdo con el art. 23 LDC las causas de cese de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia son:

1. Renuncia - en palabras de Soriano García⁶⁰ se trata de un acto soberano del cargo nombrado que no puede ir contra el orden público o en perjuicio de terceros. La única causa que impediría la renuncia de un vocal es la afectación del funcionamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia.

⁵⁶ Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, op.cit., p.112.

⁵⁷ En contra, Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.25, propone un mandato de 9 años, sin posibilidad de reelección.

⁵⁸ Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p. 287.

⁵⁹ Sobre este tema ver Alonso Soto, R. “Las recientes modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La necesidad de la reforma y sus principales novedades” en Beneyto Pérez, J.M. “El nuevo derecho comunitario y español de la competencia”, ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 301.

⁶⁰ Soriano García, J.E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 308.

2. Expiración del término de su mandato(cese automático).
3. Incompatibilidad sobrevenida.
4. Haber sido condenado por delito doloso - la separación definitiva se produce cuando la condena sea firme.
5. Incapacidad permanente.
6. Cese, determinado por incumplimiento grave de los deberes de su cargo a propuesta de 3/4 partes del Tribunal. El incumplimiento grave de los deberes se puede referir a incumplimiento del deber de secreto y confidencialidad o a otras causas (incumplimiento de la Ley en relación con el art. 20.1 LDC, etc....). Es una cláusula que garantiza una vez más la independencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, porque el propio Tribunal decide sobre los incumplimientos. Nótese que en este caso no es el Gobierno que decide sobre el incumplimiento grave, sino el Pleno del Tribunal(art.27c) LDC). Soriano García⁶¹ considera que se trata de incumplimientos graves que ocasionen la "paralización grave o entorpecimiento de la institución, su desdoro y pérdida grave de prestigio" por causas éticas.

Se prevén asimismo tres causas de suspensión en el ejercicio del cargo (art. 23.2 LDC):

1. Cuando se dicte un acto de prisión contra un vocal o un acto de procesamiento por delito doloso.
2. Cuando se acuerde un expediente disciplinario o de declaración de incapacidad transitoria. En el caso del expediente disciplinario se trata de acumulación de varias causas que lleven a la suspensión en las funciones.
3. Sentencia firme condenatoria que imponga la suspensión como pena principal/accesoria.

De este modo el Gobierno no puede suspender los vocales del TDC en sus funciones, lo que garantiza la independencia de la autoridad. Se puede observar una semejanza en las causas de cese, previstas en las legislaciones de competencia.

⁶¹ Ibid, p. 310.

V. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.

De acuerdo con el art.27a)LDC corresponde al Pleno elaborar su Reglamento de régimen interior, en el cual se se establecen sus funciones administrativas y la organización de sus servicios.El Reglamento se somete a la aprobación del Gobierno.

Según el art. 5 del Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia, los máximos Órganos de dirección del Tribunal de Defensa de la Competencia son:

- a) El Presidente.
- b) El Pleno.

El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia ostenta rango de Secretario de Estado y es Presidente del Pleno (art. 6.1 del Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia). El Presidente tiene las siguientes funciones (art. 6.2 del Estatuto):

- a) Ostentar la representación legal del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- b) Vigilar el desarrollo de las actividades del Tribunal de Defensa de la Competencia velando el cumplimiento del Estatuto y sus necesidades de desarrollo.
- c) La dirección, coordinación, evaluación y supervisión de los Organos de él dependientes.
- d) Dar cuenta al Ministerio de Economía de las vacantes que se produzcan en el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- e) Ejercer funciones de jefatura en relación con el personal del Tribunal de Defensa de la Competencia, de acuerdo con la Ley.
- f) Aprobar los gastos y ordenar los pagos del Tribunal de Defensa de la Competencia salvo los casos reservados a la competencia del Gobierno, y efectuar la rendición de cuentas del organismo de conformidad con lo previsto en el texto refundido de la Ley General Presupuestaria.
- g) Ser Órgano de contratación del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- h) Suscribir, previa autorización del Pleno, convenios de colaboración con los Organismos competentes de las CC.AA. en el marco de lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley 1/2002.
- i) Designar a tres vocales para que formen parte del Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia en representación de la Administración General del Estado.

- j) Resolver las reclamaciones previas a la vía judicial, civil o laboral.
- k) Resolver las cuestiones no asignadas al Pleno.

De este modo el Presidente realiza sobre todo funciones de dirección y organización, pero asimismo tiene atribuidas facultades de coordinación con las CC.AA.

El Presidente puede delegar sus funciones (art. 6.3. del Estatuto).

Del Presidente dependen las siguientes unidades (art. 6.4 del Estatuto):

A. Gabinete del Presidente.

B. La Gerencia, a la que corresponde la gestión de recursos humanos, régimen interior, mantenimiento y conservación, gestión de suministros y contratos administrativos, la gestión presupuestaria, financiera, contable y patrimonial del Tribunal de Defensa de la Competencia, la elaboración del anteproyecto de presupuesto y el control de su ejecución, la preparación de la liquidación y rendición de la cuenta del organismo y la actualización de su patrimonio.

C. La Subdirección General de Informes que se encarga de la asistencia técnica y elabora informes sobre: los anteproyectos de normas con rango de ley en relación con la competencia; operaciones de concentración, toma de control y ayudas públicas; la respuesta de consultas de las Comisiones de las Cámaras legislativas sobre los proyectos de Ley sobre cualquier cuestión relativa a la competencia; los informes que el propio Tribunal de Defensa de la Competencia haya de remitir sobre materia de competencia a requerimiento del Gobierno o cualquiera de los Datos Ministeriales, las CCAA., las Corporaciones Locales y de las Organizaciones Empresariales, sindicatos, o consumidores, etc...

D. La Subdirección General de Estudios que se encarga de realizar estudios de investigación en materia de competencia, en sectores económicos y de Mercado.

Las unidades C y D son unidades especiales de apoyo al Presidente y al Pleno.

Se adscriben orgánicamente al Presidente la Intervención Delegada, sin perjuicio de su dependencia funcional de la Intervención General de la Administración del Estado (art. 6.5 del Estatuto). Se adscribe al Presidente asimismo la Abogacía del Estado, sin perjuicio de su dependencia orgánica y funcional de la Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

El Tribunal de Defensa de la Competencia está regido por el Pleno, cuyas competencias se establecen en el art. 4 del Estatuto y coinciden con las del Tribunal de Defensa de la Competencia (analizándose más adelante en el trabajo):

- a) Resolver y dictaminar los asuntos que tiene atribuidos por la Ley de Defensa de la Competencia.
- b) Autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas, a los que se refiere el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.
- c) Aplicar en España los arts. 81.1 y 82 del TCE.
- d) Informar sobre las operaciones de concentración de acuerdo con el art. 15 bis. de la Ley de Defensa de la Competencia.
- e) Dictaminar los proyectos de apertura de grandes establecimientos comerciales (según la Ley 7/1996 de 15 de enero).
- f) Interesar la instrucción de expedientes por el Servicio de Defensa de la Competencia.
- g) Realizar funciones de arbitraje, tanto de derecho, como de equidad (en particular las establecidas en el art. 7 de la Ley 21/1997 de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de acontecimientos deportivos).
- h) Elaborar el informe en cuanto a indemnizaciones de daños y perjuicios (art. 13 LDC).
- i) Elaborar el informe en materia de ayudas públicas (art. 19 LDC).
- j) Elaborar, a solicitud de la Junta consultiva en materia de conflictos, el informe, previsto en el art. 3.1 de la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las CCAA en materia defensa de la competencia.
- k) Recabar de los Órganos autonómicos el informe preceptivo no vinculante al que se refiere el art. 5 de las competencias del Estado y las CC.AA. en materia de defensa de la competencia.
- l) Las demás que establezcan las leyes.

Al Pleno se atribuyen, asimismo las siguientes facultades:

- Consultas por las cámaras legislativas, el Gobierno, los departamentos ministeriales, las CC.AA., las corporaciones locales, las cámaras de comercio y organizaciones empresariales, sindicales o consumidores y usuarios - art. 26.1 LDC, art. 4.2. Estatuto.
- Elaboración de trabajos de investigación en materia de competencia, art. 4.3. Estatuto.

- Proposición motivada al Gobierno, a través del Ministerio de Economía, para que adopte o inste a la autoridad pública competente, la modificación o supresión de las situaciones de restricción de competencia, establecimiento de acuerdo con las normas legales - art. 26.2 LDC ,art. 4.4. Estatuto.
- El Tribunal de Defensa de la Competencia informará los proyectos o proposiciones de Ley por los que se modifique o derogue, total o parcialmente, la Ley de Defensa de la Competencia, así como los proyectos de Reglamentos de exenciones por categorías y otros Reglamentos - art. 26.3 LDC.

Según el art. 9 del Estatuto corresponde al Pleno, asimismo:

- a) Elaborar su Reglamento de régimen interior.
- b) Elegir entre sus miembros el vicepresidente.
- c) Resolver sobre las recusaciones, incompatibilidades y correcciones disciplinarias y apreciar la incapacidad y el incumplimiento grave de sus funciones por el Presidente, Vicepresidente y los vocales.
- d) Nombrar y acordar el cese del secretario.
- e) Proponer o, en su caso informar el proyecto de relación de puestos de trabajo del personal del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- f) Preparar el anteproyecto de presupuestos del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- g) Elaborar la memoria anual.
- h) Mantener relación con otros organismos analógicos.

Se puede resumir que la capacidad de autoorganización constituye una nota propia de la independencia del TDC en el ejercicio de sus funciones⁶². Así, el propio Tribunal puede establecer la organización interna adecuada para llevar a cabo eficientemente sus funciones.

VI. FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

El Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene atribuidas facultades de inspección o la potestad normativa como la FTC de los EE.UU., pero cuenta con un

⁶² Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.290; Salvador Martínez, M "Las autoridades independientes", op.cit., p.293.

amplio margen para decidir acerca de las sanciones sobre las prácticas restrictivas de la competencia, potestades de autorizar conductas en los supuestos previstos, así como algunas otras funciones que se van a analizar adelante en el trabajo.

Analizando las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, Hierro⁶³ apunta que el Tribunal no tiene ahora la exclusividad de una potestad declarativa sustraída del Poder Judicial, sino una mezcla de funciones consultivas y decisorias, sustraídas a la Administración activa, o, mejor dicho, que lo convierten en un órgano independiente con funciones activas. Bajo un criterio convencional de clasificación de los Órganos Administrativos por su función (Órganos activos, consultivos y de control), el autor concluye que el Tribunal es de naturaleza mixta y produce, como Órgano activo, declaraciones de voluntad en materia de autorizaciones singulares y de sanciones, y, como Órgano consultivo, declaraciones de juicio en materia de concentraciones, ayudas públicas y otros.

En contra, Soriano García⁶⁴ afirma que desde la perspectiva de sus funciones, el Tribunal actúa de una forma mixta, y tiene atribuidas actividades propias de órganos activos, consultivos y de control, pero se puede calificar como un órgano más de control que propiamente activo. Considero que dicho órgano es sobre todo un órgano de control, (incluidas sus funciones arbitrales) y consultivo.

Las facultades del Tribunal de Defensa de la Competencia se pueden dividir en tres grandes bloques:

1. La potestad sancionadora.
2. Autorizaciones de determinadas conductas.
3. Otras actuaciones del Tribunal como la función consultiva, las competencias parajudiciales, la función tutelar respecto al Servicio de Defensa de la Competencia y las competencias en materia de las concentraciones y ayudas públicas.

A continuación se ofrecerá un esquema de la potestad sancionadora del TDC, analizando las diferentes clases de decisiones del TDC en la materia.

⁶³ Hierro, L. "Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y principios reguladores del procedimiento" en REDA, nº 71/1991, pp. 333-344.

⁶⁴ Soriano García, J. E. "Derecho público de la competencia", op. cit., pp. 329 y ss.

1. LA POTESTAD SANCIONADORA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1.1. Visión general.

El Tribunal de Defensa de la Competencia dispone de un amplio poder de imposición de sanciones sobre conductas restrictivas de la competencia, siempre teniendo en cuenta los principios y garantías en relación con los derechos de los ciudadanos en el proceso que básicamente son los siguientes⁶⁵:

- a) Principio de legalidad (art. 25.1 de la Constitución Española).
- b) El principio de irretroactividad de la norma penal.
- c) El principio de tipicidad de las penas.
- d) El principio de responsabilidad.
- e) El principio de proporcionalidad de las penas.
- f) El principio "non bis in idem".
- g) Preferencia del enjuiciamiento penal sobre el administrativo.

Estos principios generales se pueden concretar en las siguientes garantías:

- a) Necesidad de procedimiento previo.
- b) Separación - órganos de instrucción/órganos de decisión.
- c) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- d) Derecho a un proceso público.
- e) Derecho de audiencia.
- f) Derecho a asistencia jurídica.
- g) Derecho a no declarar contra sí mismo.
- h) Presunción a la inocencia.
- i) Resolución motivada.

Se debe recordar que el sistema, establecido por la Ley de Defensa de la Competencia es un sistema de prohibición general con excepción (de las conductas autorizadas) - las conductas que no están prohibidas expresamente por la Ley están permitidas, pero en base a una autorización previa. En relación con esta nota, Soriano García apunta que en el ámbito de la competencia la ilegalidad "no resulta inspirada en

⁶⁵ Ver en general Nieto, A. "Derecho Administrativo Sancionador", ed. Tecnos, Madrid 2003 ; Ferrer Fembaud, L. "Principios de la potestad sancionadora y del procedimiento administrativo sancionador en el derecho de la competencia español" en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", vol. III, ed. Dykinson, Madrid, pp. 143-177.

un "mala per se", sino en una "mala secundum quid", puesto que cabe precisamente la autorización, caben las excepciones... y caben también las compensaciones en atención de otros bienes jurídicos", además de la exculpabilidad en casos de menor importancia⁶⁶.

La potestad sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia se manifiesta en la represión de las prácticas restrictivas como garantía de la competencia en el mercado: En el Anexo nº 1, se puede ver el gráfico de los expedientes sancionadores resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el período 1995-2003 y en el Anexo nº 2 - las multas impuestas por el Tribunal en el mismo período.

1.2. Decisiones⁶⁷ (declaraciones) de existencia de prácticas restrictivas a la competencia.

En virtud del art. 46.1 de la Ley de Defensa de la Competencia el Tribunal de Defensa de la Competencia puede declarar:

- La existencia de prácticas prohibidas/acuerdos prohibidos/abuso de posición dominante.
- La inexistencia de prácticas prohibidas/acuerdos prohibidos/abuso de posición dominante.
- La autorización de acuerdos o prácticas efectuales.

Esta resolución puede ir acompañada, de acuerdo con el art. 46.2 de la Ley de Defensa de la Competencia por:

- La orden de cesación de las prácticas prohibidas.
- La imposición de condiciones/obligaciones determinadas.
- La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas.
- La imposición de multas.
- La autorización de la práctica.
- Cualesquiera otras medidas autorizadas por la Ley de Defensa de la Competencia.

⁶⁶ Soriano García, J. E. "Derecho público de la competencia", op.cit. p. 359.

⁶⁷ Los actos del TDC, que se aprueban en el Pleno y deciden sobre el fondo del asunto se denominan Resoluciones, que están compuestas por:

- los Antecedentes de Hecho
- los Fundamentos de Derecho
- el Fallo, que recoge la decisión tomada

Se puede observar la semejanza con el modelo de las resoluciones judiciales.

Es decir, hay que distinguir entre los elementos constitutivos del fallo(art.46.1 LDC) y los elementos generadores de la condena por la realización de las prácticas prohibidas⁶⁸(art.46.2 LDC).

Las decisiones de existencia de prácticas restrictivas de la competencia tienen carácter declarativo y basándose en ellas, los interesados pueden acudir a la jurisdicción civil por sus pretensiones de daños y perjuicios.

1.3. Decisiones para imposición de sanciones que acompañan las declaraciones de existencia de prácticas restrictivas a la competencia.

1.3.1. Decisiones de cese de las infracciones(art.9 LDC).

En este caso el Tribunal, prudentemente, puede otorgar un plazo para la cesación de la práctica. El objetivo de este plazo es eliminar paulatinamente tal situación de restricción de la competencia y no consolidarla, con el fin de no desequilibrar totalmente el mercado.⁶⁹

Considero que se trata de decisiones muy importantes respecto a la estructura y la dinámica del mercado, logrando la exclusión de la práctica restrictiva de la competencia.

1.3.2. Decisiones para ordenar una actuación determinada.

1.3.2.1. La imposición de condiciones/obligaciones determinadas.

Aquí se trata de una decisión de carácter constitutivo, cuyo fin es adecuar la actitud del sujeto a las condiciones del Mercado competitivo. Estas obligaciones (o condiciones) pueden imponerse aparte de otras sanciones (orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas; multas). El Tribunal de Defensa de la Competencia debe de conocer bien la situación del mercado y el Servicio de Defensa de la Competencia tiene que controlar el cumplimiento de dichas obligaciones o condiciones por parte de las empresas. El Tribunal de Defensa de la Competencia tiene que revisarlas si se produce un cambio sustancial en el futuro. Estas obligaciones pueden consistir en ordenar a la empresa para que se abstenga en el futuro de realizar las prácticas prohibidas(párrafo 1.3.1.) -por ejemplo las resoluciones RTDC de 4 de octubre 2004, expediente 570/2003, asunto Gas Extremadura, que ordena el cese de la conducta y abstención de conductas semejantes, -la RTDC de 15 de septiembre 2004, expte

⁶⁸ Véase Escudero, A y otros “Apuntes...”, op.cit., p.177.

568/03, asunto ASEMPRE/Correos o RTDC de 18 de junio 2004, expte 547/02 asunto Gas Natural Alicante u ordenar otras actuaciones, por ejemplo en la RTDC de 1 de abril de 2004, el Tribunal ordena a Telefónica a realizar mailings a todas las empresas a las que ha enviado cartas-tipo con contenido anticompetitivo.

1.3.2.2. Orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público(art.9 LDC).

Con el objetivo de remoción de los efectos de estas prácticas es muy importante que el Tribunal de Defensa de la Competencia defina el interés público concreto.

En este caso como en el caso de las decisiones de cese existe también la posibilidad de mantener una situación contraria a la competencia durante un tiempo determinado con el objetivo de no distorsionar el Mercado. Soriano García da como ejemplo el fallo de la RTDC de 10 de junio de 1993 (Expte. 319/92, Asunto Liga de Fútbol), cuyo nº 6 establece que el Tribunal "ordena la cesación de las prácticas prohibidas al finalizar la temporada 1993/1994". Esta dilación no fue aceptada judicialmente y doctrinalmente, porque se entendía que no cabía una condena "pro futuro". Pero según Soriano García se puede imponer "una tolerancia controlada durante un lapso de tiempo"⁷⁰.

1.3.3. Decisiones para imposición de multas a las empresas y asociaciones de empresas.

1.3.3.1. Multas coercitivas.

Para asegurar un respaldo a las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, la Ley de Defensa de la Competencia le atribuye la potestad de imponer multas coercitivas, independientemente de las multas sancionadoras (art. 11LDC), de 60,10 a 3005, 06 euros al día. Los objetivos de estas multas, según la Ley de Defensa de la Competencia (art. 11LDC) son los siguientes:

- La cesación de una acción que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley.
- La remoción de los efectos distorsionadores de las condiciones de competencia, provocados por la infracción.

⁶⁹ Sanz, I. "Procedimiento de infracción y de autorización en el derecho de la competencia", en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid 2002, p. 297.

⁷⁰ Esta resolución ha sido analizada por Soriano García, J.E. "Derecho público de la competencia", op. cit. 497.

- El cumplimiento de los compromisos adoptados por dichos sujetos en el marco de un acuerdo de terminación convencional del procedimiento.
- La obligación de publicación de la decisión por cuenta del infractor.

De este modo el Tribunal de Defensa de la Competencia tiene atribuidos amplios poderes para imponer multas coercitivas⁷¹, correspondiéndole decidir:

- En qué momento procede su imposición.
- La cuantía de la multa.
- Si procede imponer una nueva multa coercitiva.

Conviene ofrecer los siguientes ejemplos de multas coercitivas: la RTDC de 8 de enero 2004, expte. 553/03 asunto Fedicar, donde el Tribunal establece la obligación de pagar las multas en caso de no cesación de la práctica y en los procedimientos de imposición de medidas cautelares, se pueden citar las RTDC de 4 de febrero de 1998, expte. MC 21/97, asunto Tabacalera y RTDC de 22 de diciembre de 1997, expte. MC 25/97, asunto Tabacalera/Mc Lane.

1.3.3.2. Multas sancionadoras procesales.

El art. 10.6. LDC dispone, que con independencia de las multas sancionadoras por infracciones sustantivas si el Tribunal apreciara mala fé o grave temeridad en la actuación de alguna de las partes ante el Servicio de Defensa de la Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, puede imponer una multa no superior a 30.051,61 euros.

1.3.3.3. Multas sancionadoras por infracciones sustantivas.

En méritos del art. 10 LDC el Tribunal de Defensa de la Competencia puede imponer multas en los siguientes casos:

- Por la infracción deliberada o por negligencia de los arts. 1 y 6 LDC y la infracción del art. 4.2. LDC.
- Por la infracción de los arts. 81 y 82 TCE.

La multa sancionadora es la típica sanción de condena y es una de las características de los procedimientos sancionadores, pero, desde la perspectiva de la labor pedagógica que desempeña el Tribunal, no tiene que acompañar siempre a la declaración del fallo condenatorio⁷². (Como afirma Soriano García "la abogacía" en pro del derecho de la competencia es una obligación legal del Tribunal (art. 26.3. LDC) e

⁷¹ Cases Pallarés, L. "Derecho administrativo de defensa de la competencia", op. cit., pp. 340-341.

igualmente establece el TJCE).Esto es habitual cuando un hecho delictivo aparece por primera vez en la jurisprudencia, o cuando después de una solicitud de autorización presentada el Tribunal de Defensa de la Competencia se encuentra con una conducta por parte de la empresa, contraria a la libre competencia - RTDC de 29 de Junio de 1995 expte. 358/95 asunto Fecavem.

De este modo se podrían adecuar eficazmente las exigencias de defensa del mercado con las garantías de seguridad jurídica.

La cuantía de la multa asciende hasta 903 614 euros que puede ser incrementada hasta 10% del volumen de ventas, correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 10.1 LDC).

La multa es recaudable en vía ejecutiva.

Además de los casos mencionados anteriormente, no se impone multa por infracciones sustantivas cuando:

- Se solicita la autorización por las conductas a que se refiere la petición realizada en el período comprendido entre la presentación de la solicitud y la decisión sobre la misma, en caso de que el TDC en un examen provisional de la solicitud no haya adoptado una decisión, oponiéndose a los actos que constituyen su objeto(art. 10.4 LDC).
- Se ha presentado una notificación a la Comisión (este supuesto queda excluido de aplicación por la entrada en vigor el 1 de mayo de 2004 del nuevo Reglamento N 1/2003 de procedimiento).

La imposición de una sanción económica a una persona jurídica puede llevar aparejada la sanción, prevista en el art. 10.3 LDC: se trata de una multa de 30.050,60 euros a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión⁷³ y esto contribuye a la efectividad de la decisión de la imposición de la sanción. Según el ap. 2 del art. 10.3 LDC quedan excluidas de esta sanción aquellas personas que formando parte de órganos colegiados de administración, no han asistido a las reuniones o han votado en contra o salvando su voto.Casés constata la poca operatividad de dicha previsión legal.⁷⁴

⁷² Sanz, I. “Procedimiento de infracción...”, op. cit. pp. 293-295; Soriano García, J. E. “Derecho público de la competencia”, op. cit. p. 497.

⁷³ Véase comentario de dicha previsión legal en Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., pp.345-346, citando a Nieto, A. “Derecho administrativo sancionador”.

⁷⁴ Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.348.

El Tribunal ha venido entendiendo asimismo que por aplicación de la correspondiente norma procedimental penal (art. 115 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la extinción de la personalidad jurídica del presunto culpable extingue la acción para perseguir la infracción: no cabe condenar administrativamente un sujeto que ya no existe por la disolución y liquidación de la empresa antes de finalizar el expediente administrativo, aunque resulta procedente declarar la ilicitud de la práctica realizada - RTDC de 10 de junio de 1997, expte. 370/96 asunto Desmotadoras de algodón.

1.3.3.4. Método para calcular las multas.

Los parámetros que establece el art. 10.2 LDC son los siguientes⁷⁵:

1. La modalidad y alcance de la restricción de la competencia: se consideran graves restricciones per se los acuerdos horizontales de fijación de precios. Al contrario, se considera que las restricciones verticales ocasionan menores daños al mercado y a los consumidores y tienen menor importancia.
2. La dimensión del mercado afectado: no se trata sólo del mercado geográfico del producto, sino también del mercado definido.
3. La cuota de mercado de la empresa/empresas - hay casos en que se deben de sumar las cuotas de mercado de las empresas para conocer el daño real producido.
4. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios: hay que analizar las barreras de entrada para los competidores y la intensidad y extinción del daño, causado a los consumidores. De este modo la potestad sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia se convierte en una garantía más al Estado Democrático de Derecho.
5. La duración de la restricción de la competencia: es importante estudiar el mercado para verificar si la restricción de la competencia tiene efectos persistentes, afectando de forma duradera la economía o si se trata de un efecto transitorio.
6. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas, un clásico supuesto del Derecho sancionador.

Casés acertadamente afirma que la voluntad del sujeto(entiendo la voluntad del directivo o representante de la empresa ha de tenerse en cuenta para determinar la sanción y cita, en este contexto la RTDC de 27 de noviembre de 1992, según la cual “hay que indicar que si bien la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento, la

⁷⁵ Sanz, I. "Procedimiento de infracción ...", op.cit., pp. 293-295.

falta de representación mental del tipo encarnado en la conducta del sujeto ha de ser tenida en cuenta. Pero no para entender que no se ha cometido la falta o infracción, sino para atemperar la reacción punitiva”. De este modo el TDC entiende la voluntad como una meta para considerar la conducta, desde la perspectiva de una visión global y aplicar “con justicia” las potestades sancionadoras del mismo Tribunal.

En relación con dichos criterios, que establece el art. 10 con objetivo de calcular las multas se pueden dar los siguientes ejemplos:

La RTDC de 28 de octubre de 2003, expte. 551/02, asunto Funerarias Castellón, donde el Tribunal de Defensa de la Competencia establece que sobre la multa - base "es preciso considerar los demás elementos que el art. 10 establece... y como más destacados, la falta de reiteración, el seguimiento de la recomendación por aproximadamente la mitad de las empresas pertenecientes a la Asociación imputada y la dimensión del Mercado afectado", la RTDC de 26 de mayo de 2003, expte. 539/02, asunto Cofarca, donde el Tribunal califica la conducta como "grave", por causa de que produce cierre de mercados mediante un abuso de posición de dominio, la cuota del mercado afectado es 90% de la provincia de Las Palmas, el volumen de negocios alcanza más de 130 millones de euros, pero la imputada presta toda su colaboración, la RTDC de 14 de noviembre de 2003, expte. 540/02, asunto Gas Natural, donde, para cuantificar la sanción, el Tribunal emplea como criterios la modalidad y la duración de la campaña publicitaria, realizada por la empresa; etc...

1.3.3.4. Prescripción.

El art. 12 de la Ley de Defensa de la Competencia establece los siguientes plazos de prescripción:

- 4 años para las infracciones. El plazo empieza a correr desde el día en que se ha cometido la infracción.
- 4 años para las sanciones.

La prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal de Defensa de la Competencia o del Servicio de Defensa de la Competencia, tratándose en su caso tanto de actos de investigación, como de instrucción o de persecución de la infracción, siempre "con el conocimiento formal del interesado" o por actos realizados por los interesados con el fin de asegurar, cumplimentar o ejecutar los acuerdos sancionadores (art. 12.3 LDC). Casés Pallarés⁷⁶ sugiere que se determine con más exactitud qué actos

⁷⁶ Casés Pallarés, L. “Derecho administrativo de defensa de la competencia”, op. cit., p. 349.

de la Administración interrumpen los plazos de prescripción (art. 12. 2 LDC), porque la Administración puede practicar periódicamente actos tendentes a perseguir las conductas o el cobro de las multas, quebrando así la operatividad de la prescripción como garantía de los derechos de los ciudadanos. En mi opinión el mismo TDC puede autolimitarse de practicar tales actos que van en contra de la eficacia administrativa y tienden a la arbitrariedad, quebrando tanto los derechos de los ciudadanos y la seguridad jurídica.

1.3.4. Decisiones para adoptar medidas cautelares.

Conviene recordar que se trata de unas medidas que garantizan la eficacia de la resolución⁷⁷ y en efecto el orden público y no exclusivamente un interés particular. Estas pautas ponen de relieve la difícil labor del TDC en medidas cautelares, debiendo partir de una visión global y tomar en consideración factores de índole económica, sopesando intereses privados y decidiendo en interés público.

Además, como señala Baño León⁷⁸ la velocidad del proceso económico puede impedir, en ocasiones que el acto de adopción de medidas cautelares llegue a tiempo de evitar daños cuando, por ejemplo la práctica restrictiva de la competencia amenace la propia existencia de la empresa-denunciante.

El autor ofrece algunos criterios claves para la imposición de las medidas cautelares:

1. El principio de necesidad, de acuerdo con los arts. 106.1 de la CE y el art. 40.2 de la LPA.
2. La irreparabilidad del daño que se produce al interés público afectado⁷⁹, que según Baño León normalmente coincidirá con el interés privado opuesto a la conducta, aunque no necesariamente, porque la conducta puede afectar, por ejemplo, directamente a los consumidores. La medida debe ser excepcional.
3. La reparabilidad del daño que se infringe con la medida provisional.

⁷⁷ Véase Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., p.181; en general se puede consultar Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., pp.302- 305.

⁷⁸ Baño León, J.M. “Potestades administrativas ...”, op. cit., pp. 172-176.

⁷⁹ Como advierten Ortells Ramos, M. y Bellido Penadés, G. “Las medidas cautelares en derecho de la competencia: la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia y de los tribunales civiles”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.28, los daños al interés público son irreparables con el medio de reparación consistente en la responsabilidad indemnizatoria, de ahí que el único tratamiento adecuado es el de impedir que tales daños se realicen. Con los daños a singulares competidores ocurre de manera diferente: son esencialmente indemnizables, aún contando con dificultades considerables de evaluación.

4. Fumus boni iuris: no se puede adoptar una decisión de este tipo excepto cuando existe una apariencia fundada que sostiene la decisión propuesta por el Servicio de Defensa de la Competencia.

5. Respecto a todas las garantías jurídicas (art. 45.3): la audiencia de los interesados.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia⁸⁰ puede proponer las siguientes medidas cautelares(art. 45.1 LDC)⁸¹:

- Ordenes de cesación.
- Imposición de condiciones.
- Fianza, excepto la personal para responder como indemnización de los daños y perjuicios que ocasione la parte a quien se imponga.

El art. 45 impone tres garantías más para los interesados:

- Los plazos breves para oír las partes (5 días) y resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares (3 días) - art. 45.3 LDC.
- Lo establecido en el art. 45.2 LDC: no se pueden dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales⁸².
- La adopción de medidas cautelares en ningún caso puede exceder de 6 meses y cesan con la ejecución de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 45.6 LDC).
- Además, existe la posibilidad de suspensión, modificación o renovación a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia con la modificación de las circunstancias o por descubrimiento de nuevos hechos, no conocidos en el momento de dictar la resolución sobre medidas cautelares.

Para garantizar la efectividad de las medidas cautelares y su cumplimiento, el art. 15.4 dispone que el Tribunal de Defensa de la Competencia por sí o a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia puede imponer multas coercitivas con las

⁸⁰ Los interesados, también pueden plantear medidas cautelares: por vía de recurso si la negativa del Servicio de Defensa de la Competencia causa indefensión - por ejemplo RTDC de 23 de diciembre de 1996, expte. MC 15/96, asunto Tabacos de Canarias; en otros casos el Tribunal establece que no procede la adopción de las medidas cautelares - RTDC de 21 de marzo de 2002, expte. MC 34/02, asunto Fedifar.

⁸¹ Se proponen asimismo medidas innovativas como de abrir o mantener abierto el mercado para asegurar la competencia, u ordenar el suministro de toda la información relativa a precios finales y condiciones de suministro- RTDC de 14 de diciembre de 2001, expte. MC 33/01, asunto Iasist/3M/SIGESA. En el primer caso es necesario un exacto análisis del Mercado y un análisis de las empresas correspondientes. Dicha medida debería ser excepcional por la posibilidad de establecerla basándose en información incompleta sobre el mercado o las empresas.

garantías y la cuantía que se han analizado anteriormente, por ejemplo RTDC Expte. MC15/96 asunto Tabacos de las Canarias, Resolución de 11 de Julio de 1997, RTDC de 4 de febrero 1998, expte. MC 21/97 asunto Tabacalera, etc...

Existe una resolución - clave del Tribunal de Defensa de la Competencia - Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de Junio de 1991, MC 2/91, asunto "Mutua Automovilista Madrileña", que establece las siguientes características del procedimiento cautelar⁸³, un procedimiento, que según otra resolución del TDC "debe ser administrado con sumo cuidado por este órgano"⁸⁴ :

- a) Es un procedimiento instrumental, asesorio al principal, al cual se encuentra estrechamente vinculado (art. 45.1 LDC).
- b) Este procedimiento tiene como característica un marcado carácter de provisionalidad: las medidas cautelares tienen una duración limitada (no pudiendo exceder de 6 meses y debiendo cesar cuando se ejecute la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia) (art. 45.6 LDC).
- c) Es un procedimiento sometido a mutabilidad, puesto que cabe la modificación de las medidas en cuanto se alteren las circunstancias reales que se tuvieron en cuenta para su adopción o se produzca un aumento, disminución o desaparición del periculum in mora o una disminución del fumus boni iuris (art. 45.5 LDC).
- d) Es un procedimiento sumario y de urgencia, pues, dado que su objeto no admite demora, se simplifican los trámites y se establecen plazos muy breves para dictar resolución (art. 45.3 LDC).
- e) Salvaguarda los intereses de las partes en conflicto de manera equilibrada, al establecer, de un lado que en el caso de que sean los interesados los que propongan la adopción de medidas cautelares, el Tribunal de Defensa de la Competencia podrá exigirles la prestación de fianza (art. 45.1 in fine) y, de otro, que no se podrán dictar medidas que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales (art. 45.2 LDC).

La misma Resolución define así los requisitos para la adopción de las medidas cautelares:

⁸² Estas garantías son aceptadas por Ortells Ramos & Bellido Penedés "Las medidas cautelares...", op.cit., pp.52-61, como límites objetivos de las medidas cautelares, adoptadas por el TDC.

⁸³ Véase asimismo Fernández Fábrega, A. "Los procedimientos...", op.cit., p.967, citando a Menéndez, A. en sentido que se trata de un procedimiento instrumental, accesorio al principal, de marcado carácter de provisionalidad, sometido a mutabilidad, sumario, urgente y que salvaguarda los intereses de las partes.

- a) Que se haya incoado el correspondiente expediente por el Servicio de Defensa de la Competencia.
- b) Que se aprecie en dicho expediente que las conductas objeto del mismo están causando daños o los interesados o al Mercado que, si no se atajan de inmediato, puedan conducir a que la resolución que dicte el Tribunal resulte ineficaz.
- c) Que exista una solicitud formal del Servicio de Defensa de la Competencia o de los interesados.
- d) Que se dé audiencia a los interesados ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y
- e) Que las medidas no originen perjuicios irreparables a los interesados ni impliquen violación de derechos fundamentales.
- f) Que el tiempo por el que se impongan no exceda de 6 meses.

Se puede dar el siguiente ejemplo de imposición de medidas cautelares – la RTDC de 11 de enero de 2002, expte. R. 464/00, asunto Funerarias Castellón- el Tribunal de Defensa de la Competencia establece las siguientes medidas cautelares:

- Ordenar a las asociaciones la cesación de la práctica y exigir el pago de las cantidades impuestas por la carta de la Asociación de 6 de marzo de 2000 por cada corona o adornos enviados.
- Ordenar que en término de 3 días desde la notificación de la Resolución, remita la parte dispositiva de esta Resolución por carta de la Asociación a sus asociaciones y a todas las empresas floristas a las que había remitido la carta.

Considero que las Resoluciones de adopción de medidas cautelares son un Acto - clave en relación con el interés público, así que se deben respetar todos los criterios de su concesión, los trámites de este procedimiento y se deben apreciar todos los aspectos, relacionados con los intereses públicos y privados en el asunto concreto.

2. AUTORIZACIONES DE DETERMINADAS CONDUCTAS.

2.1. Visión general.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, aplicando el derecho nacional o comunitario, podría autorizar determinadas conductas. La autorización puede derivar de una decisión singular del Tribunal de Defensa de la Competencia o de un Reglamento de Exención por Categorías – REC (adoptado por el Gobierno).

⁸⁴ Véase RTDC de 9 de diciembre de 1992, Expte. MC-5/92, asunto Gestevisión Telecinco.

En el presente trabajo se va a analizar el primer supuesto - las autorizaciones singulares del Tribunal de Defensa de la Competencia y asimismo la retirada de las exenciones por categorías para determinados acuerdos y prácticas.

En el Anexo Nº 3 se puede ver el gráfico de los expedientes de autorizaciones singulares, resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el período 1995-2003.

Como ya se ha señalado anteriormente en el trabajo, el nuevo sistema de defensa de la competencia en la Unión Europea (el Reglamento N 1/2003) está basado en la prohibición general con excepción legal de las conductas restrictivas a la competencia. A diferencia de este sistema, el sistema establecido por la Ley de Defensa de la Competencia es un sistema autorizatorio para determinadas conductas⁸⁵. Con objetivo de suprimir la diferencia entre la legislación española y comunitaria se sugiere⁸⁶ eliminar el sistema de autorizaciones singulares y, siguiendo las directrices comunitarias, sustituirlo con un sistema de autoevaluación por parte de las empresas, aunque existen opiniones en contra de esta propuesta⁸⁷.

Como es sabido, la autorización es una técnica de limitación de la actividad administrativa de ordenación de las actividades de los sujetos⁸⁸ (en palabras de la mayoría de la doctrina esta actividad es aceptada como potestad de policía⁸⁹).

Ramón Parada⁹⁰ expone en breve los dos conceptos de autorización desarrollados por la doctrina:

⁸⁵ En defensa del establecimiento del dicho sistema por la LRPRC, Garrigues, J. "La defensa de la competencia mercantil", op.cit., p.60, afirma que "este sistema parece el más justo, porque el hecho de la notificación que hagan los empresarios a la autoridad competente supone ya el deseo de someterse a la ley, y este hecho basta para que se pueda iniciar la ejecución del acuerdo, a reserva de que tendrán que cesar en esas prácticas si más tarde la autoridad las declara ilícitas", considerando asimismo las negativas del sistema por su enorme costo y su posible atasco. Otra negativa, en opinión de Garrigues es que, siguiendo dicho modelo, los acuerdos son juzgados por su letra más que por su realización práctica. Al contrario, en el sistema de los EE.UU los acuerdos se juzgan no por su letra, sino por su realización práctica. De este modo queda aclarado que es difícil afirmar, por regla general, que tipo de sistema, el de la autorización o otro, es el "correcto" o eficiente para un determinado país, sino hay que estudiar primero las condiciones de mercado del país (considerando el desarrollo de la regulación pro-competencia a nivel comunitario y a escala global), el nivel de competencia (efectiva) existente para poder decidir si conviene suprimir el sistema de autorización y establecer otro modelo, analizando asimismo el coste del establecimiento de este nuevo sistema. Si se decide adoptar el modelo de excepción legal, es conveniente analizar los efectos de este modelo a nivel comunitario (se trata de un modelo adoptado recientemente), es decir, esperar que se produzcan estos efectos y valorarlos.

⁸⁶ Ministerio de Economía y Hacienda, "Libro Blanco para la reforma...", op. cit., p.54; Véase asimismo Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.28.

⁸⁷ Alonso Soto, R., comentario, www.mineco/dgdc/sdc/Libro_Blanco/Ricardo%20Alonso%20Soto.

⁸⁸ Parejo Alfonso, L. "Derecho administrativo", ed. Ariel, Madrid 2003, p. 640.

Ranelletti sitúa el centro de gravedad de la autorización administrativa en la preexistencia de un derecho subjetivo y de este modo la autorización se configura como un Acto declarativo a diferencia de la concesión.

Otto Mayer acepta la autorización como "prohibición con reserva de permiso" que, consta de dos partes distintas: la primera la prohibición y la segunda la reserva de permiso que puede revestir fórmulas muy diferentes según la mayor o menor amplitud de acción asignada a la voluntad de la autoridad.

En el mismo sentido Merkl afirma que existe un permiso policial cuando se hace una excepción de una prohibición general, apoyándose en la autorización jurídica enlazada a esa prohibición, esto es, una reserva de permiso⁹¹.

Se puede resumir que la mayoría de la doctrina administrativa en España acepta la autorización como un Acto declarativo que controla el ejercicio de un derecho preexistente (Ranelletti) para su acomodación a las exigencias del interés general⁹².

Parejo Alfonso⁹³ ha puesto de relieve que la autorización es un Acto reglado y debido (a dictar según estrictamente, el cumplimiento o no de la pertinente regulación) declarativo (porque se limita a comprobar dicho cumplimiento o incumplimiento, sin constituir situaciones jurídicas algunas) y en directa dependencia del grado de intensidad de la intervención administrativa y en definitiva del objeto del control administrativo.

Separándose de la doctrina expuesta anteriormente y apoyándose en la definición de Otto Mayer, Soriano García, ve en la autorización en el derecho de defensa de la competencia una dispensa⁹⁴ que es constitutiva de un derecho subjetivo⁹⁵.

En último lugar, para Cases Pallarés⁹⁶ la autorización no es un permiso administrativo que posibilite a las empresas ejercitar un derecho preexistente, sino una

⁸⁹ Manzanedo Mateos, J.A. "El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español", ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1968, p. 190, ver asimismo Vedel, G. "Derecho Administrativo", ed. Aguilar, Madrid, 1980, p. 223.

⁹⁰ Parada, R. "Derecho administrativo I", ed. Marcial Pons, Madrid 2004, p. 381.

⁹¹ Merkl, A. "Teoría general del derecho administrativo", ed. Comares, Granada, 2004, p. 333.

⁹² Cruz Ferrer, J. en el Manual, varios autores, "Derecho administrativo II", ed. Universitas, Madrid, 1998, p. 603 ; Parejo Alfonso, L., op. cit., p. 646.

⁹³ Parejo Alfonso, L., "Derecho Administrativo", op.cit, p.640

⁹⁴ Soriano García, J.E., "Derecho público de la competencia" op. cit., p. 554; Manzanedo Mateos, J. A. "El comercio exterior...", op.cit, p.15

⁹⁵ Para la diferencia entre autorización y dispensa ver Baño León, J.M. "Potestades administrativas...", op.cit p.25; en la tesis de Manzanedo Mateos, J.A. "El comercio exterior ...", op. cit., p. 15 las dispensas posibilitan la actuación al margen de la Ley; la dispensa es por lo tanto una institución excepcional y particular y es una técnica derogatoria de prohibiciones generales, mientras que con la autorización se posibilita actuar conforme a la Ley y en este último caso se trata de una técnica normal de control previo.

decisión administrativa mediante la cual se considera, en interpretación de las circunstancias concurrentes en cada momento, si procede excepcionar el régimen de competencia, establecido por la Ley de Defensa de la Competencia.

Se puede resumir que la autorización singular en derecho administrativo de la competencia es un Acto favorable, resolutorio de efectos constitutivos, dictado conforme al interés público. En este sentido Parejo Alfonso⁹⁷ subraya que no todas las técnicas clásicas de intervención responden al modelo ideal y que existe una gran variedad de soluciones y una de estas técnicas es una clase de autorizaciones que por su régimen se acerca mucho a las concesiones⁹⁸, que como es sabido son actos constitutivos.

Y si se intenta calificar la autorización singular en derecho de defensa de la competencia desde la perspectiva de la forma de la atribución de la potestad, es difícil calificarla como “reglada” o “discrecional”. Soriano García⁹⁹ apunta que:

"El par de conceptos reglado - discrecional ofrece siempre cierto punto de tensión, especialmente cuando está aplicándose a los poderes económicos, toda vez que la naturaleza reglada de la autorización supone apostar por la existencia de un derecho subjetivo previo y por una disminución de los poderes administrativos, ya que si el otorgamiento de la autorización es una mera aplicación de la norma al caso concreto, será relativamente sencillo controlar si la Administración ha actuado correctamente en dicho proceso aplicativo de la norma y, en otro caso, discutirlo ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

Por el contrario, si concluimos que el otorgamiento es discrecional - pese a las técnicas de reducción de la discrecionalidad - sin duda alguna aumentan los poderes de la Administración.”

Nos atenemos a la tesis de Cases Pallarés¹⁰⁰, según la cual "el ejercicio de esta potestad de dirección de los comportamientos en el Mercado, es de carácter discrecional".

⁹⁶ Cases Pallarés, L. “Derecho administrativo de defensa de la competencia”, op. cit., p. 363.

⁹⁷ Parejo Alfonso, L. “Derecho Administrativo”, op. cit., p. 651.

⁹⁸ Siempre respetando las diferencias, porque según la definición clásica de G. Vedel “Derecho administrativo”, op. cit. p. 708, con la concesión una persona pública, llamada autoridad otorgante, confía a una persona física o moral, llamada concesionario, la misión de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente a cambio de una remuneración... (que consiste en la mayoría de los casos en las tarifas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio).

⁹⁹ Soriano García, J. E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 555.

¹⁰⁰ Cases Pallarés, L. “Derecho administrativo de defensa de la competencia”, op. cit., p. 363.

Otra cuestión es si existe, en el caso de estas autorizaciones singulares un derecho oponible frente a la discrecionalidad administrativa o se debe de recurrir a la figura del interés legítimo¹⁰¹.

Es importante añadir una nota más como característica de la autorización singular en materia de defensa de la competencia y esto es que se trata de una relación entre el interés general y el interés particular del administrado que debe ser estudiada detalladamente por la Administración: la autorización se puede dictar sólo a instancia de la parte interesada, pero siempre está basada en razones públicas. Desde la doctrina de las clases de Actos Administrativos la autorización singular en derecho administrativo de la competencia se puede calificar como un Acto basado en el interés general y favorable, resolutorio de efectos constitutivos y complejo, porque la competencia resolutoria es compartida por dos órganos (el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia)¹⁰².

Otra cuestión es si esta clase de resoluciones es reconocimiento de un derecho subjetivo (Ranelletti) preexistente o de un interés legítimo (Manzanedo Mateos).

Se trata de un Acto que crea una relación con la Administración que no se agota con la autorización, sino da origen a un vínculo continuado (la autorización se puede revocar, modificar o derogar).

2.2. Los supuestos de autorizaciones según la Ley de Defensa de la Competencia (art. 3LDC).

Se debe de tener siempre en consideración que la defensa de la competencia no es un valor absoluto¹⁰³, sino que sobre este valor deben prevalecer otros como el interés público u otros valores económicos que se deben de considerar. En mi opinión las autorizaciones singulares cumplen una función de balance entre la defensa de la competencia y otros valores socio-económicos, subordinados al objetivo de la

¹⁰¹ Manzanedo Mateos, J.A. "El comercio exterior...", op. cit., p. 104.

¹⁰² En todo caso, siempre se debe tener en cuenta la siguiente nota de Manzanedo Mateos: "es necesario precisar que difícilmente las clasificaciones poseen tal grado de elaboración que puedan resultar omnicomprensivas de la progresiva creación de necesidades realmente experimentadas, tratar de forzar los supuestos reales para que se amolden a categorías abstractas carecería de base científica; por ello las clasificaciones tienen valor como orientación parcial y limitada, máxime en Derecho Administrativo, donde la realidad proteica y multiforme, aparece dotada de una agilidad y fecundidad típicas de una rápida evolución". Esta constatación se refiere asimismo a la clasificación de las técnicas en derecho de defensa de la competencia, donde la regulación jurídica debe de seguir la evolución rápida del Mercado (nacional y comunitario). A esto se puede añadir que no siempre la realidad encaja en las dogmas de la lógica, que no hay reglas preestablecidas y muchas veces es la evolución que determina la lógica jurídica y no al revés.

dispersión del poder económico en un mercado concreto. La cuestión se plantea en sentido que si este balance debe ser considerado a priori por un órgano administrativo o la evaluación de la compatibilidad de los efectos de la conducta que afectan a la libre competencia y los demás valores socio-económicos debe estar a priori en manos de los propios agentes económicos y debe ser considerada por la Administración a posteriori. Creo que la determinación del sujeto que realiza a priori la valoración depende del desarrollo del mercado competitivo (en un determinado país o región) y de la cultura de la competencia, entendida como la aceptación por las propias empresas y competidores de las reglas de defensa de la competencia. Considero que en mercados con un nivel inferior de competencia la valoración de estos factores económicos y colectivos complementarios a la libre competencia debe ser encomendada a priori a órganos administrativos, en caso de que se acepte que dichos órganos actúen en interés general y lejos de capturas, aunque, como se va a señalar más adelante dicho interés general es una fórmula relativa, difusa y dinámica (un típico ejemplo de este dinamismo son algunos acuerdos de transferencia de tecnología que a largo plazo pueden resultar perjudiciales para el conjunto de la sociedad). Al contrario, cuando se trata de un mercado plenamente operativo (competitivo) que dispone de sus propios mecanismos de autoregulación, es suficiente una valoración a posteriori a todos estos valores, anunciados en la norma, valores colectivos y económicos, que expondré a continuación.

2.2.1. Valores colectivos (art.3.1. LDC)

En este supuesto se da la posibilidad de autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas en caso de que:

- Contribuyen a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios o,
- A promover el progreso técnico y económico cuando, cumulativamente se dan las siguientes circunstancias:
 - a) Se permite a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas.
 - b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos.
 - c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

¹⁰³ TDC “La libre competencia en España”, op.cit., p.25; Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.350.

2.2.2. Factores económicos (art. 3.2LDC).

Se pueden autorizar asimismo los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas en caso de que:

- Se encuentren justificados por el interés económico general,
- Se encuentren justificados por el interés público,

cuando alternativamente se dan las siguientes circunstancias:

- a) Su objeto es defender y promover las exportaciones, siempre que no alteren la competencia en el Mercado interno y sean compatibles con las obligaciones que resulten de los Convenios internacionales ratificados por España.
- b) Produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos.
- c) Atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia.

En palabras de Garrigues¹⁰⁴, en comentario de la LRPRC, donde también se establecían tales preceptos, en la valoración de las conductas entra en juego el arbitrio del TDC que no es total, sino está limitado por la ley. Pero en este contexto hay que tener en cuenta que la valoración de estas conductas por el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia resulta difícil por el gran número de conceptos jurídicos indeterminados, incluidos en el art. 3LDC como promoción del "progreso técnico o económico", "interés económico general", "interés público", "elevación suficientemente importante del nivel social y económico". Aquí se va a añadir una nota sobre el concepto de "interés público". En la doctrina se dan varias aceptaciones del mismo como por ejemplo la de Alonso Mas¹⁰⁵ : según la tesis de la autora "la expresión interés público... puede considerarse básicamente formal: un interés será público cuando así lo haya calificado el Legislador o el Constituyente".

Y en palabras de Ramón Parada¹⁰⁶ el interés público es "un interés común que aunque no beneficie a la totalidad de la comunidad, si favorece al menos a una fracción importante de sus miembros". Es difícil determinar la fracción importante y los intereses en juego dentro de la fracción y entre varias fracciones de la sociedad. Parece que en el

¹⁰⁴ Véase Garrigues, J. "La defensa de la competencia mercantil", op.cit., p.58 y asimismo Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.363.

¹⁰⁵ Alonso Más, M^a José, "La solución justa en las resoluciones administrativas", ed. Universidad de Valencia, 2004, p. 85.

caso de este concepto el mecanismo de determinar el interés público es muy semejante a la "regla de la razón" del derecho norteamericano.

El art. 4.4 LDC prevé asimismo la posibilidad de una autorización provisional en caso del silencio del Tribunal de Defensa de la Competencia en plazo de 3 meses después de la presentación de la solicitud de autorización. En la tesis de Tornos Más se trata, en este caso de “compatibilizar el interés privado en poder actuar con rapidez y agilidad en el mercado y el interés público en no perder el control de estas actividades por el transcurso de breves plazos sin adoptar una resolución expresa, caso, en que no se trata de ningún supuesto de silencio administrativo”.¹⁰⁷ En caso de no autorización no se prevén efectos retroactivos con respecto del acuerdo notificado por el período de aplicación provisional - RTDC de 30 de abril 1997, expte. r 206/97, asunto Cooperativa Farmacéutica Asturiana .

En caso de una aplicación frecuente del citado precepto es posible que varias empresas se beneficien de la situación de no ser multadas por el período de silencio del Tribunal de Defensa de la Competencia y esto crea peligro de que se produzcan daños al Mercado por la inactividad administrativa justificada por el art. 4.4 LDC.

La Ley de Defensa de la Competencia, en su art. 10.4 prevé asimismo la posibilidad de interposición de autorización en un expediente sancionador. En este caso la situación está pendiente hasta la conclusión del expediente autorizatorio, pero sólo cuando después de un examen provisional el Tribunal de Defensa de la Competencia no ha adoptado una decisión oponiéndose a la ejecución de los actos que son objeto de la autorización (art. 10.4 in fine).

Soriano García apunta¹⁰⁸ que la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que ponga fin al expediente sancionador en este caso contendrá por separado la declaración que proceda sobre la práctica y se adjuntará a la misma la declaración que proceda concediendo o denegando la autorización -RTDC de 6 de octubre de 1993, expte. 332/93, asunto Relojes Breitling: el Tribunal declara la existencia de la conducta prohibida y autoriza el contrato-tipo de distribución selectiva.

¹⁰⁶ Parada, R. “Derecho Administrativo” I, op. cit., p. 381.

¹⁰⁷ Tornos Más, J. “Comercio interior y exterior”, citado por Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.356.

¹⁰⁸ Soriano García, J.E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 511-515.

Simultáneamente pueda suceder que se conceda una autorización y que se imponga la sanción. Así que si la práctica resulta autorizada se debe tener en consideración la autorización para modular la condena.

2.3. Renovación, modificación y revocación de las autorizaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁰⁹.

La razón para renovar, modificar y revocar la autorización consiste en que dicho acto surte efectos en un mercado cambiante, con una dinámica que da lugar a cambios inmediatos. De este modo las autoridades de defensa de la competencia están llamadas a efectuar no sólo un control a priori, sino asimismo a posteriori, es decir vigilar la puesta en práctica del acuerdo y por otro lado analizar las relaciones de dicho acuerdo o práctica con las transformaciones del mercado.

Según el art. 4.3. LDC la autorización se renueva a petición de los interesados si persisten las circunstancias que la motivaron. La renovación sucede porque a todas las autorizaciones singulares se impone un plazo que normalmente suele ser de 5 años.

En el caso de la renovación se plantea la cuestión si se trata de un nuevo otorgamiento o sólo de una prórroga¹¹⁰. El Tribunal adopta una decisión ex novo, pero en algunos casos se ha empezado a considerar la posibilidad de prórroga cuando no existe variación sustancial de las circunstancias. Es el caso de las prórrogas en que no se modifican las autorizaciones concedidas - por ej. las recientes RTDC de 28 de septiembre de 2004, expte. A55/93, asunto Morosos Sacos Papel, RTDC de 27 de septiembre de 2004, expte A87/94, asunto Morosos Material Eléctrico.

Por cambio fundamental de las circunstancias, la autorización puede ser modificada o revocada, pero sin abrir un expediente nuevo (art. 4.3 ap. 2 LDC).

En méritos del art. 4.3, ap. 3 LDC la autorización puede ser revocada en dos supuestos:

- Si sus beneficiarios incumplen las condiciones u obligaciones establecidas por el Tribunal.
- Si se comprueba que la concesión se basó en datos relevantes, aportados de forma incompleta/inexacta por las partes.

¹⁰⁹ En general sobre este tema ver Bermejo Zofío, F. "Procedimiento de conductas restrictivas ante el SDC (Título III de la Ley 16/89)" en Beneyto Pérez, J. M. "Tratado de derecho de la competencia" vol. II, ed. Bosch, Barcelona, 2005, p.883 y sobre el procedimiento ver Fernández Fábrega, A. "Procedimiento...", op.cit., pp.983-988.

¹¹⁰ Sanz, I. "Procedimiento de infracción ..." ,op. cit., p. 305.

Con la revocación se restaura la prohibición general - la excepción de la prohibición deja de existir.

Se pueden dar los siguientes ejemplos de modificación de autorizaciones: las RTDC de 25 de julio de 2002, expte. A 273/99, asunto Distribución Selectiva Carolina Herrera y la RTDC de 16 de julio de 2001, expte. A 265/99, asunto Distribución Selectiva Cristian Dior referentes a la incorporación de un Anexo - Internet al contrato tipo (la modificación es solicitada por el interesado).

2.4. La resolución denegatoria del Tribunal de Defensa de la Competencia

En caso de denegar la solicitud de autorización (art.- 46.3 LDC) el Tribunal de Defensa de la Competencia debe ordenar la cesación de las prácticas prohibidas previniendo a los interesados que si con posterioridad a la notificación de la resolución desobedecieran, incurrirían en las sanciones analizadas. Se prevé un plazo para cesar de las conductas prohibidas con objeto de adecuarlas al sistema de competencia, establecido en la LDC.¹¹¹

2.5. Retirada de exenciones por categorías. Retirada de exenciones concedidas por Reglamentos Comunitarios.

Como se ha mencionado anteriormente en los REC se fijan condiciones en bloque por vía reglamentaria con tipos de excepción general.

Hay que subrayar que en España en todos los supuestos contemplados en el Real Decreto 374/2003 se hace remisión expresa a los Reglamentos Comunitarios.

La retirada de una exención por categoría se realiza por razones objetivas: no es ni una revisión de oficio ni suspensión de un derecho subjetivo preexistente porque se restablece la prohibición general de la norma. Las razones objetivas pueden ser las siguientes¹¹²:

- cuando en el mercado no exista competencia efectiva de productos idénticos o similares,
- cuando existan prácticas concertadas horizontales relativas a los precios de venta,
- cuando, tratándose de acuerdos de los regulados en el Reglamento(CE) 2790/99 de la Comisión de 22 de diciembre, 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio o 240/1996

¹¹¹ Véase Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.364.

de la Comisión de 31 de enero o aquellos que los sustituyan, el acuerdo afecte a una cuota que supere el 20% del mercado del producto o productos objeto del mismo y de los considerados idénticos o similares por los usuarios

- cuando la existencia de redes paralelas de acuerdos similares provoquen un efecto acumulativo que cause una restricción apreciable de la competencia
- cuando los intermediarios o usuarios no puedan procurarse los productos contemplados en las condiciones practicadas normalmente en mercados diferentes del afectado por el acuerdo o existan obstáculos de acceso de otros proveedores al mercado afectado.

Además, el procedimiento de retirada se puede iniciar cuando se den las condiciones de retirada previstas en el Reglamento Comunitario.

3. Aspectos comunes de todas las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En primer lugar hay que subrayar que las Resoluciones del TDC concluyen el expediente administrativo y contra ellas no proceden recursos en vía administrativa, excepto el recurso potestativo de reposición ante el propio TDC, sino en vía jurisdiccional (contencioso-administrativa).

La segunda nota importante es la obligatoriedad de la inscripción de la Resolución en el Registro de Defensa de la Competencia: esta inscripción no tiene efectos constitutivos. Dicho registro es público y en él se inscriben los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha autorizado y los que ha declarado prohibidos total o parcialmente, así como las operaciones de concentración o de toma de control (art. 35 LDC).

En tercer lugar todas las Resoluciones del TDC deben ser notificadas (art. 46.5 LDC) a los interesados. Las Resoluciones sancionadoras se publican en el BOE y en uno o varios diarios de ámbito nacional y de las provincias donde tengan el domicilio o realicen las prácticas las personas o las empresas sancionadas. El coste es a cargo de la persona sancionada, lo que lleva a veces al incumplimiento de dicha obligación¹¹³, aunque la LDC en su art.11d) prevé la imposición de multas coercitivas. El Tribunal de

¹¹² Bermejo Zofío, F. “Procedimiento de conductas restrictivas...”, op. cit. , p.874 y sobre el procedimiento Fernández Fábrega, A. “Procedimiento...”, op.cit., pp.988-989.

¹¹³ Véase Fernández Fábrega, A. “Procedimiento...”, op.cit., pp.953-956.

Defensa de la Competencia puede asimismo acordar la publicación de sus resoluciones no sancionadoras (art. 46.5 ap. 2LDC).

Aunque en el primer caso (la publicación de las resoluciones sancionadoras), se puede causar perjuicio a la parte sancionada, las razones de legalidad y seguridad jurídica predominan sobre el interés privado (por ej. la RTDC de 23 de diciembre de 1997, expte. 404/97, asunto Funerarios de Madrid, donde se establece: “Ordenar la publicación de la parte dispositiva de la Resolución en el BOE y en dos diarios de máxima difusión en Madrid”).

Creo que la publicación de las decisiones sancionadoras es conveniente, siempre incluyendo los nombres de todas las empresas infractoras.

En cuarto lugar en relación con las Resoluciones sancionadoras el art. 13 LDC admite la posibilidad de otras responsabilidades que en cada caso procedan. Aquí otra vez es relevante el principio *non bis in idem*¹¹⁴: las demás autoridades públicas siempre deben de tener en cuenta la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia. El art. 13 LDC deja abierta la vía jurisdiccional civil para el resarcimiento de daños y perjuicios (art. 13.2 LDC): el Tribunal de Defensa de la Competencia puede a solicitud del Órgano jurisdiccional emitir un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones que las partes tienen que satisfacer a los denunciantes y terceros perjudicados (art. 13.3 LDC).

¹¹⁴ En la STS de 20 de febrero 1992 el Alto Tribunal estableció que dicho principio aunque no aparece consagrado constitucionalmente de manera expresa ha de entenderse integrado en el principio de legalidad y seguridad jurídica consagrado en el art. 9 de la Constitución Española. El Tribunal Supremo establece que la inmodificabilidad de las resoluciones firmes y definitivas tiene un amparo constitucional en la norma del art. 24.1 CE, pero también resulta de la normativa legal ordinaria y jurisprudencial (el art. 1252 del Código Civil en concordancia con los arts. 222 y ss. de la Ley del Enjuiciamiento Civil) en relación con la presunción de la cosa juzgada. De tal manera según el TS "no es admisible que en un segundo y ulterior proceso se pueda desconocer o disminuir de cualquier manera el bien reconocido en la Resolución o Sentencia anterior y que de concurrir la cosa juzgada resultaría un contradictio manifiesto entre lo que ya se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de accederse a conocer de nuevo". La finalidad del proceso tiende a conseguir la seguridad jurídica así que deviene obvio que cuando haya de desembocarse en dos Resoluciones que puedan resultar opuestas y contradictorias entre sí puede y debe acudir al principio general del Derecho "non bis in idem"... Dicha STS ha sido citada en varias resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, por ejemplo la reciente RTDC de 21 de julio de 2004, expte. 562/2003, asunto Colegio Notarial Bilbao, la RTDC de 1 de abril 2004, expte. 557/03, asunto Astel/Telefónica, etc...

4. OTRAS ACTUACIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

4.1. Funciones asesoras y de información.

Una de las características del Tribunal de Defensa de la Competencia como Organismo independiente es la facultad de proponer al Gobierno a través del Ministerio de Economía y Hacienda para que adopte o inste a la autoridad pública competente la modificación o supresión de las prácticas de restricción de la competencia, establecidas legalmente (art. 2.2 LDC). El Gobierno es libre de seguir o no el informe.

Otras funciones consultivas del Tribunal de Defensa de la Competencia vienen expuestas en el art. 26 LDC:

En primer lugar el Tribunal de Defensa de la Competencia puede ser consultado en materia de competencia por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los Departamentos ministeriales, las CC.AA., las Corporaciones Locales, las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales, sindicales o de consumidores y usuarios (art. 26.1 LDC).

Aquí se trata de una importante función asesora que realiza el Tribunal, siendo centro de reflexión y de interposición de opiniones, lo que le permite asimismo perfeccionar sus soluciones en materia de defensa de la competencia.

En segundo lugar el Tribunal de Defensa de la Competencia, a semejanza de la FTC de los EE.UU. realiza estudios y trabajos de investigación en relación con los problemas actuales de la competencia (art. 26.2 LDC). Según Petitbó Juan¹¹⁵ la elección de las actividades sometidas a examen en los informes se sustenta en el hecho de que tanto los servicios como determinadas actividades están fuertemente protegidos de la competencia: en algunos casos, por la imposibilidad material de realizar intercambios a través del comercio exterior, en otros, por la existencia de barreras apoyadas en normas legislativas o administrativas. Se debe insistir una vez más que el informe carecía de carácter vinculante, pero puede servir de directriz para el Parlamento/Gobierno. Es importante destacar que durante la presidencia del TDC de Fernández Ordoñez, el TDC elaboró una serie de estudios en materia de desregulación, inicialmente incluidos en el correspondiente Plan de Convergencia, que fueron objeto de una amplia difusión y de favorables comentarios, por cuanto contribuyeron a introducir competencia en algunos

¹¹⁵ Petitbó Juan, A. "La defensa de la competencia en España a partir del art. 38 de la Constitución Española", en "Economía industrial", Nº 349/350, p. 136.

sectores que habían permanecido al resguardo de ella. Esta facultad del TDC actualmente es suprimida y trasladada al SDC¹¹⁶.

El art. 26.3 LDC define uno de los puntos más importantes de las competencias consultivas del Tribunal de Defensa de la Competencia: el Tribunal emite informes sobre los proyectos o proposiciones de Ley por los que se modifican o derogan los proyectos de normas reglamentarias que desarrollen la Ley de Defensa de la Competencia así como sobre la misma Ley. De este modo el Tribunal puede asesorar el Poder Legislativo o el Gobierno con el fin de mejorar el sistema normativo que establece las prohibiciones en materia de competencia y por otro lado dar su aporte para impedir la aprobación de normas que podrían afectar la competencia en el Mercado español.

A estas funciones se debe añadir la obligación de Tribunal de Defensa de la Competencia de emitir un dictamen no vinculante en materia de control de concentraciones (art. 16 LDC), elaborar el informe en materia de ayudas públicas (art. 19 LDC) y la posibilidad de emitir informe sobre la procedencia y cuantía de la indemnización por resarcimiento de daños y perjuicios por vía jurisdiccional civil (art. 13.3 LDC).

En último lugar, según el art. 27 g) LDC una de las competencias del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia es elaborar su Memoria Anual que refleja las actividades del Tribunal de Defensa de la Competencia durante el año y de este modo es una fuente de información para conocer las funciones y el trabajo del Tribunal durante el año.

4.2. Competencias parajudiciales: la función arbitral.

Otra característica del Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano independiente es su función arbitral. En este sentido el art. 25 g) LDC establece: compete al Tribunal de Defensa de la Competencia asimismo: "realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le encomiendan las leyes y en particular las establecidas en el art. 7 de la Ley 21/1997 de 3 de Julio, reguladora de emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos".

En este sentido según Gómez-Reino y Carnota¹¹⁷ la Ley de Defensa de la Competencia habilita al Tribunal de Defensa de la Competencia para ejercer la actividad

¹¹⁶ Véase Berenguer Fuster, L. "Sisitema...", op.cit., p.25, que recomienda una reforma de la ley con objeto de fortalecer la posibilidad de realizar estudios e informes por el TDC en materia de competencia.

arbitral, pero la deja sin concretar, remitiéndose a lo que prescriban otras leyes, en particular la Ley 21/1997 de 3 de julio, Reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos.

Considero que la actividad arbitral, por su carácter de resolución de conflictos sin el sometimiento riguroso de un procedimiento determinado, presupone una discrecionalidad elevada a la hora de tomar decisiones. Manzanedo Mateos ha puesto de relieve que la actividad de arbitraje es un instrumento muy adecuado “para captar la esencia institucional de una serie de técnicas administrativas concretas cuyo común denominador es la composición de intereses, cuando tal composición se efectúa sustancialmente entre intereses privados y no entre interés público y privado como en el caso de la autorización; por descontado que la actuación administrativa de arbitraje no se ejerce “en vacío”, sino en conexión con un interés público, prevalente a los intereses privados en juego; pero lo que matiza su esencia es que estos últimamente se presentan como contrapuestos, pretendiendo su armonización por la acción administrativa”¹¹⁸.

Actualmente la actividad arbitral del TDC tiene carácter limitado.

4.3. La función tutelar respecto al Servicio de Defensa de la Competencia

Se trata de la tutela que efectúa el Tribunal de Defensa de la Competencia sobre el funcionamiento de los mercados, a través del Servicio de Defensa de la Competencia a quien pueda instar abrir investigaciones. A esto se puede añadir el control de los actos del Servicio de Defensa de la Competencia que se va a analizar más adelante y la posibilidad de formular propuestas motivadas al Gobierno para actuar en casos concretos modificando o suprimiendo situaciones de restricción a la competencia (art. 2.2. LDC).

4.4. Las competencias del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de control de concentraciones económicas.

Se debe enfatizar una nota general en relación con el control de las concentraciones, tomada del derecho norteamericano: las concentraciones pueden ser positivas para la competencia, sólo aquellas que han sido estudiadas y se considere que puedan afectar negativamente la competencia, deben ser prohibidas.

¹¹⁷ Gómez-Reino y Carnota, E. “El arbitraje administrativo en derecho de la competencia” en RAP N° 162 de 2003, pp. 7-19; González Navarro, F. “La regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia”, RJN N° 9, 1990; Cases Pallarés, L. “Derecho administrativo de la defensa de la competencia”, op. cit., p. 389.

¹¹⁸ Manzanedo Mateos, J. A. “El comercio exterior...”, op. cit., p. 341.

El Tribunal de Defensa de la Competencia efectúa la segunda fase de la revisión de las operaciones de concentración¹¹⁹: en este sentido debe emitir un dictamen¹²⁰ sobre la concentración en un plazo de dos meses al Gobierno, que tiene atribuida la facultad decisoria en el ámbito de las concentraciones económicas, lo que, en palabras de Berenguer Fuster “pone en cuestión la independencia del sistema institucional de defensa de la competencia”(art. 16.1 LDC).El mismo autor considera que hay que conceder la última palabra al órgano encargado de defensa de la competencia “con independencia de la posibilidad de dejar algún resquicio para que una concentración no aprobada puede ser autorizada por el Gobierno por razones de interés público nacional”¹²¹. Si se acepta dicha modificación de la LDC el sistema garantizaría una vez más, en cierto grado, la independencia política del TDC.

En el Anexo N° 4 se pueden ver los expedientes de concentraciones, resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el período 1995-2003. El objeto del dictamen es la apreciación de los efectos restrictivos previsibles o constatados de la operación; los elementos del análisis del Tribunal son¹²²:

- la estructura del Mercado¹²³.

¹¹⁹ Para un análisis más detallado ver Rodríguez González, M. J. “El procedimiento nacional en materia de control de concentraciones entre empresas” en Beneyto Pérez, J. M. “Tratado de derecho de la competencia”, ed Bosch, Barcelona 2005, pp.885 – 929 y González Díaz, J. M. “La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español” en Beneyto Pérez, J. M. “Tratado de derecho de la competencia”, ed Bosch, Barcelona 2005, pp.629 – 747 y para la propuesta de reforma de la normativa española sobre concentraciones entre empresas ver Ministerio de Economía y Hacienda, Libro Blanco, op. cit. pp.59 y ss.

¹²⁰ Véase Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., pp.232- 234 y Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.16.

¹²¹ Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.26.

¹²² Arpón de Mendiola y de Aldama, A. “La nueva regulación sobre concentraciones empresariales en España”, en Beneyto Pérez, J. M. “El nuevo derecho comunitario y español de la competencia”, ed. Bosch, Barcelona, 2002, pp. 321-357.

¹²³ Los elementos del análisis del mercado son los siguientes:

1. Creación o refuerzo de una posición dominante: el Tribunal de Defensa de la Competencia ha establecido que existe posición dominante de una empresa cuando “su poder económico o independencia de comportamiento es tal que le permite actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores” - RTDC de 29 de Julio de 1999, expte 438/38 asunto Interflora.
2. El grado de concentración en el mercado para lo que se emplea el Herfindahl - Hirschman Index (HHI): este índice se calcula sumando los cuadrados de las cuotas individuales de los partícipes en la fusión - por ej. tres empresas participantes con 35%, 35% y 30% = $35^2 + 35^2 + 30^2 = 3350$.

De este modo se dan las siguientes directrices, siguiendo el modelo norteamericano:

- HHI inferior a 1000 = la concentración se refiere a un mercado poco concentrado y no tendrá efectos anticompetitivos = se puede autorizar.
- HHI entre 1000 y 1800 = se trata de una concentración moderada: si una concentración produzca un aumento del HHI de más de 100 puntos tras la concentración se pueden producir riesgos para la competencia.
- HHI por encima de 1800 = se trata de un mercado muy concentrado y si tras la concentración el HHI aumenta con más de 50 puntos en función de los demás elementos de la investigación del mercado se

- Las posibilidades de elección a los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios.
- El poder de las empresas.
- La evolución de la oferta y la demanda.
- La competencia exterior.

Según el mismo TDC es fundamental para la libre actuación en el mercado que los competidores se mantengan independientes. En caso contrario es fácil que la competencia efectiva se vea afectada por conductas restrictivas tales como acuerdos de reparto de mercados, que permiten optimizar los resultados de las inversiones, realizadas en sectores con expectativas de fuerte crecimiento, en contra de los intereses de otros competidores y de los consumidores¹²⁴. Escudero considera, que aun cuando las participaciones accionariales no impliquen el control sobre las empresas que compiten en un mercado, o la participación en su gestión, el hecho de ser un accionista relevante en las mismas supone el acceso a determinada información estratégica y la posibilidad de su intercambio con otros competidores, especialmente si el accionista es miembro de los Consejos de Administración de dos o más de estos competidores. Así, aunque no se produjese la creación o refuerzo de una posición de dominio, la presencia de la empresa fusionada podría amenazar la competencia. En consecuencia, el TDC ha condicionado la autorización de varias operaciones de concentración con objeto de limitar las participaciones cruzadas de las entidades fusionadas en otros competidores y la

pueden producir riesgos para la competencia y si el aumento en el HHI fuera de más de 100 puntos, se considera que la concentración normalmente creará o reforzará una posición dominante.

3. Barreras de entrada:

El Tribunal de Defensa de la Competencia ha identificado los siguientes elementos que pueden ser barreras de entrada:

- La normativa sobre el acceso a la actividad y su ejercicio y el riesgo de su modificación-asunto BS/BCH, expte. C39/99, y asunto Unión Eléctrica Fenosa/Hidrocantábrico, expte C54/00.
 - La asimetría de la información que está en posesión del que controla el mercado, - asunto Alianza Bus/Enatcar, expte. C45/99.
 - La captura del regulador - asunto Alianza Bus/Enatcar, expte. C45/99.
 - El acceso a los activos estratégicos para el negocio - asunto Unión Eléctrica Fenosa/Hidrocantábrico, expte. C54/00.
 - Los costes de inicio y desarrollo de la actividad - asunto BS/BCH, expte. C39/99.
 - La integración vertical de actividades complementarias en la cadena de producción - asunto BS/BCH, expte. 39/99 y asunto BBV/Argentaria, expte. C47/99.
4. Efectos en otros mercados afectados por la operación - según el art. 34 del RDL 6/2000, modificado por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 2001, Ley 14/2000 de 29 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social.
5. La eliminación de un competidor que ejerce una influencia competitiva en el mercado.
6. Si el mercado geográfico coincide con el mercado nacional.

¹²⁴Escudero, A. y otros "Apuntes...", op.cit., pp.211- 212.

presencia de representantes de estas empresas fusionadas en los consejos de dirección de empresas competidoras¹²⁵.

El TDC tiene atribuido, asimismo, el deber de valorar las restricciones accesorias. Arpón de Mendivil ofrece un ejemplo típico de estas: los compromisos de no competencia que asume el vendedor en el caso de venta de su empresa en términos generales por un plazo de tres años cuando la venta incluya asimismo Know-how¹²⁶.

Existen asimismo criterios positivos (art. 16.1 LDC) que se asemejan a los criterios a considerar en los casos de las autorizaciones singulares:

- La mejora de los sistemas de producción y comercialización.
- El fomento del progreso técnico y económico.
- La competitividad internacional de la industria nacional.
- Los intereses de los consumidores y usuarios.

De este modo se ofrece un análisis que incluye tanto los efectos sobre la competencia, como asimismo otros factores importantes de interés público.

Se puede resumir que no existe una facultad decisoria a favor del TDC en materia de concentraciones, sino que dicha autoridad se limita a funciones asesoras al Gobierno, ofreciendo un análisis exhaustivo de las condiciones de mercado y de las mismas operaciones de concentración.

4.5. Las competencias del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de ayudas públicas¹²⁷.

Como es sabido, la teoría económica ha puesto de relieve que la ayuda pública en general distorsiona la competencia, pero existen ayudas que pueden ser establecidas por los intereses generales o el "interés común" de la UE¹²⁸.

En esta materia el Tribunal de Defensa de la Competencia es competente (según el art. 19 LDC), de oficio¹²⁹(se trata de una modificación reciente de la LDC, introducida por la Ley 52/1999) o a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, para analizar "los criterios de concesión de las ayudas públicas, en relación con sus

¹²⁵ Ibíd.

¹²⁶ Arpón de Mendivil y de Aldama, A. "La nueva regulación sobre concentraciones...", op.cit.

¹²⁷ Ver Ripoll Navarro, R. y Fuertes Jiménez, E. M. "El régimen de las ayudas públicas I: visión general y aspectos sustantivos" y Rodríguez Curiel, J. W. "El régimen de las ayudas públicas II: Procedimiento" en Beneyto Pérez, J. M. "Tratado de derecho de la competencia", ed. Bosch, Barcelona 2005, pp. 1155 - 1300

¹²⁸ Rodríguez Curiel, J. W. "Las ayudas públicas en la Ley de Defensa de la Competencia", en Beneyto Pérez, J.M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 388.

¹²⁹ Véase a este respecto Uría Fernández, F. "Aspectos jurídicos de la reforma...", op.cit., pp.72-73 y berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.18.

efectos sobre las condiciones de competencia, con el fin de emitir un informe que elevará al Consejo de Ministros”. Este informe es público. La actuación del Consejo de Ministros ha de producirse a la vista del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia¹³⁰.

La motivación de la modificación o supresión de los criterios de concesión de las ayudas públicas debe ser siempre el mantenimiento o restablecimiento de la competencia¹³¹.

Como se puede observar, la LDC no atribuye al Tribunal instrumentos reales en este ámbito fundamental para el régimen de competencia, es decir existe una capacidad de acción muy limitada del TDC¹³², sin existir ningún procedimiento con garantías formales¹³³. Se delega al Gobierno la facultad de adoptar las decisiones y en este contexto Beneyto señala que se trata de una aparente ausencia de límites en las medidas que el Consejo de Ministros pueda proponer a los poderes públicos. Escudero y otros autores afirman que la razón de todo ello descansa en que existe una contradicción en cuanto que la definición de ayuda es muy similar en el derecho comunitario y nacional de la competencia, mientras que los objetivos que el sistema nacional persigue difieren significativamente de los objetivos que persigue el régimen comunitario: mientras que los arts. 87 y 88 TCE parten de una prohibición general de las ayudas de estado a las empresas en cualesquiera de sus modalidades, que puede ser únicamente exepuada bajo unas determinadas condiciones, el art. 19 LDC no cuestiona la concesión de las ayudas, sino únicamente los criterios de la concesión, es decir, su posible discrecionalidad o selectividad arbitraria, y ello en la medida en que dichas ayudas pueden tener efectos estructurales sobre el mercado¹³⁴. Beneyto¹³⁵ considera que de esta manera, lo que debería suprimirse o modificarse, si se constatan sus efectos anticompetitivos, deben ser los criterios de la concesión y no las ayudas, un análisis básicamente de conveniencia

¹³⁰ Sobre la reforma en el régimen de las ayudas públicas ver Ministerio de Economía y Hacienda, Libro Blanco, op. cit., pp. 62 y ss. donde se propone dotar a las autoridades nacionales de defensa de la competencia de un mayor papel de análisis previo y evaluación.

¹³¹ Rodríguez Curiel, J. W. "Las ayudas públicas en la Ley de Defensa de la Competencia", en Beneyto Pérez, J.M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 388.

¹³² Véase Escudero, A. y otros "Apuntes...", op.cit., pp. 278-279; Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p. 26; Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., pp. 374- 375 y 377- 378.

¹³³ Beneyto, J. "Ayudas públicas en España: el proyecto de reforma de la Ley 16/1989 en el contexto de la nueva normativa comunitaria", GJUEC, octubre-noviembre 1999, pp. 31-41, p. 33.

¹³⁴ Escudero, A. y otros "Apuntes...", op.cit., pp. 278- 279.

¹³⁵ Beneyto, J. "Ayudas públicas en España: el proyecto de reforma de la Ley 16/1989 en el contexto de la nueva normativa comunitaria", GJUEC, octubre-noviembre 1999, pp. 31-41, p. 33.

política. Con objetivo de evitar en cierta medida un tal análisis se puede sugerir la atribución de un mayor papel de evaluación al TDC.

5. Leyes aplicables por el Tribunal de Defensa de la Competencia en cumplimiento de sus facultades en materia de competencia

Las leyes nacionales (además de la normativa comunitaria en la materia) de aplicación por el Tribunal de Defensa de la Competencia son básicamente las siguientes: la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de Competencias del Estado y las CC.AA. en Materia de Defensa de la Competencia, la Ley 6/1997 de 14 de Abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el RDL 1091/1988 de 23 de septiembre, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el RDL 2/2000 de 16 de Junio, el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por el RD 864/2003 de 4 de julio, las normas de desarrollo de las leyes citadas y de las demás normas que resulten de aplicación.

VII. EL CONTROL SOBRE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. El control político sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia

Según el art. 20.6 de la Ley de Defensa de la Competencia el Ministerio de Economía ejerce el control de eficacia sobre la actividad del Tribunal de Defensa de la Competencia¹³⁶. El mismo art. 20.6 LDC remite a la Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que dispone en su art. 51 que el control de eficacia "tendrá por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados". Es importante recordar una vez más que el nombramiento de los vocales del Tribunal de

¹³⁶ Véase Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.18, que señala que se trata de un extraño sistema de concebir la independencia del TDC.

Defensa de la Competencia se efectúa a propuesta del Ministro de Economía y el nombramiento se realiza por Real Decreto.

En este lugar se debe enfatizar en que la independencia de las Agencias Independientes (en nuestro caso el Tribunal de Defensa de la Competencia) nunca es total como señalan García de Enterría y T. R. Fernández¹³⁷, ni es total la ruptura de los vínculos que unen estas autoridades con el Gobierno. En palabras de Fernández Ordóñez¹³⁸ “muchas veces los poderes públicos son los únicos que puedan compensar el inmenso poder de los monopolistas...”.

Bétancor Rodríguez¹³⁹ analiza la cuestión de las competencias para controlar el funcionamiento "gravemente dañoso o contrario a la función legal que le corresponda a las Agencias Independientes". El Gobierno debe asegurar en última instancia que el Tribunal de Defensa de la Competencia cumple la función encomendada, velando por la eficacia del ente y, por otro lado, separando al personal directivo que, por falta de aptitud o diligencia, lo obstaculiza: el Gobierno dirige y controla en la medida establecida por las Leyes las Agencias Independientes, y - de manera correlativa - es el responsable político y administrativo de su correcto funcionamiento, no tanto de su funcionamiento ordinario, pero sí del gravemente dañoso o contrario a la función legal que le corresponde. En cambio, no se le podría exigir responsabilidades cuando su funcionamiento es más o menos discutible o, incluso, contrario a las orientaciones políticas del Parlamento o del Gobierno.

2. El control jurídico sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia

2.1. Jurisdicción.

De acuerdo con lo establecido en el art. 49 LDC y en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los actos que agoten la vía administrativa, serán recurribles en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Según el art. 86 de la misma ley las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

¹³⁷ García de Enterría, E. y T.R. Fernández "Curso de derecho administrativo I", 11ª edición, ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 430.

¹³⁸ Fernández Ordóñez, M. A. "La competencia", ed. Alianza Editorial, Madrid 2000, p.115.

¹³⁹ Betancor Rodríguez, A. "Las administraciones independientes", ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 191.

Baño León¹⁴⁰ apunta que la atribución de competencias a la jurisdicción contencioso-administrativa tiene sus ventajas, porque permite un control más preciso de la legalidad administrativa de acuerdo con las técnicas y principios del Derecho Administrativo: el Tribunal de Defensa de la Competencia es un órgano administrativo especializado en una materia determinada y es lógico atribuir competencias para impugnar sus actos a la jurisdicción contencioso-administrativa.

2.2. Legitimación.

La doctrina y la jurisprudencia definen la legitimación como la cualidad de quién aparece como recurrente, lo que consiste en hallarse en una específica relación con el objeto de las pretensiones que se ejercitan en el proceso, bien porque es titular de un derecho, bien porque es titular de un interés legítimo. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 28 de enero de 1999 señala que existe un interés legítimo cuando “...pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar el accionante en condiciones legales y materiales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o incluso, de orden moral...”¹⁴¹

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 6 de junio de 1990 señala que “la legitimación es una condición de la admisibilidad del proceso, no de la existencia misma de la pretensión en él deducida; es un derecho a ser demandante en un determinado pleito, no derecho a una sentencia en el sentido pedido por la demanda; pues lo que condiciona el mero ejercicio de la acción no puede a la vez condicionar el resultado del proceso en que se conoce de ella.”¹⁴²

El art.19, párrafo 1 letra b) de la Ley 29/ 98 establece que las corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos o entidades están legitimados ante el orden contencioso – administrativo¹⁴³.

2.3.El fallo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo.

El fallo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo será la declaración de la inadmisibilidad del recurso(las causas de inadmisión del recurso están tasadas en el art.69 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa), o bien su

¹⁴⁰ Baño León, J. M. “Potestades administrativas...”, op. cit, p. 231.

¹⁴¹ Véase asimismo la Sentencia de la AN de 19 de julio de 2001, denegando la legitimación del recurrente.

¹⁴² Jurisprudencia citada por Pedraz Calvo, M. “Control jurisdiccional en España” en Beneyto Pérez, J. M. “Tratado de derecho de la competencia”,ed. Bosch, Barcelona 2005; ver asimismo Pedraz Calvo, M “Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del TDC” GJUEC N 212/ 2001, 219/ 2002, 228/ 2003 y 230/ 2004.

¹⁴³ Ver Sentencia 45/ 2004 del Tribunal Constitucional en relación con la legitimación de los Colegios Profesionales.

estimación o desestimación (art.67 a 73 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa).

En cuanto a la inadmisibilidad el Tribunal Supremo(Sentencia de 26 de diciembre de 1996) ha establecido que “no conculca el derecho de tutela(garantizado por el art.24.1. de la Constitución Española) la Resolución de inadmisión que, comprobada la inexistencia de un requisito procesal, impide al Tribunal conocer el fondo del asunto”.¹⁴⁴

Las sentencias desestimatorias declaran la conformidad a derecho del acto impugnado y lo confirman.

Dentro de las sentencias estimatorias(la estimación puede suponer la declaración de nulidad total o parcial del acto administrativo – art.71 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa), se pueden distinguir los siguientes supuestos¹⁴⁵:

- A. Se puede confirmar la declaración de que se ha cometido una infracción, pero revocar la imposición de la sanción (por ej. Sentencia de la AN de 15 de febrero de 2000).
- B. Se puede confirmar la declaración de que se ha cometido infracción y la imposición de la sanción, pero no la cuantía de la misma (Sentencia de la AN de 17 de abril y de 11 de mayo de 2000 donde la AN reduce el importe de la multa, establecido por el TDC).
- C. Se puede confirmar la cuantía de la multa, pero alterar las fechas relevantes para la imposición, o los parámetros tenidos en cuenta por el TDC para calcular la misma, vistas las disposiciones del art. 10 LDC (Sentencia de la AN de 21 de junio de 2000).
- D. Se puede confirmar la declaración de que se ha cometido una infracción, intimar a los responsables a que cesen en la conducta, imponer una sanción, ordenar la publicación del acuerdo sancionador, pero anular una o varias partes del acuerdo de la adopción de actuaciones positivas por las empresas sancionadas (Sentencia de la AN de 12 de diciembre de 2000).

¹⁴⁴ En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/95 de 6 de noviembre de 1995.

¹⁴⁵ Pedraz Calvo, M. “Control jurisdiccional en España”, op. cit. pp.1049 –1053.

E. Se puede declarar cometida la infracción cuando el TDC había sobreesido o archivado el expediente, ordenando que se proceda a la imposición de la multa (Sentencia de la AN de 19 de febrero de 2003).

F. Se puede revocar el archivo y ordenar la incoación del expediente sancionador (Sentencia del TS de 22 de mayo de 2002).

Se puede concluir con una nota importante: es necesaria una especialización más estrecha de los jueces en la aplicación del derecho nacional y comunitario de la competencia, tratándose de asuntos económicos con un alto grado de importancia. Los jueces se encuentran con dificultades para identificar algunos supuestos de hecho y además existen cuatro grupos de problemas¹⁴⁶ a la hora de dictar las sentencias:

1. En primer lugar, en relación con las medidas cautelares porque en la práctica resulta difícil dictar la Resolución (de la Audiencia Nacional) antes de transcurridos los seis meses¹⁴⁷.
2. En segundo lugar, en relación con la confidencialidad de los expedientes administrativos.
3. En tercer lugar se dan casos de litigios, donde una multiplicidad de recurrentes provoca múltiples impugnaciones contra un único acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia.
4. En cuarto lugar, si la Sala de lo Contencioso Administrativo dicta una Sentencia declarando cometida una infracción tipificada en la Ley de Defensa de la Competencia y no apreciada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, su pronunciamiento debe limitarse solo a la declaración: la orden de cesación, la imposición de sanciones y la adopción de otras medidas deben ser adoptadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

¹⁴⁶ Pedraz Calvo, M. "Problemas que se plantean en la tramitación y resolución de los recursos contencioso-administrativos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia" en Ortíz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid, 1999, pp. 175-178.; Pedraz Calvo, M. "Control jurisdiccional en España", op. cit., pp.1042 – 1047.

¹⁴⁷ Ver el art. 45.6 LDC.

VIII. LA FINANCIACIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Las fuentes de la financiación del Tribunal de Defensa de la Competencia son los siguientes:

1. Los ingresos públicos, procedentes de los Presupuestos Generales del Estado: En el Anexo Nº 5 se desglosan los recursos presupuestarios del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El anteproyecto de presupuesto del Tribunal de Defensa de la Competencia se elabora por el propio Tribunal con la estructura que señale el Ministerio de Hacienda y se debe remitir a éste para su elevación al acuerdo del Gobierno y posterior remisión a las Cortes Generales, ya integrado en los Presupuestos Generales del Estado.

2. Asimismo existen ingresos propios derivados de los rendimientos de la actividad y del patrimonio del Tribunal de Defensa de la Competencia - art. 20.4 a) y b). El art. 57.1 de la Ley de Defensa de la Competencia prevé la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración: el 50% de la recaudación obtenida por el pago de la tasa se afectará a los recursos del Tribunal de Defensa de la Competencia como ingresos propios (art. 57.9 LDC).

El Tribunal de Defensa de la Competencia dispone asimismo de su patrimonio (art. 20.4 LDC en relación con los arts. 48 y 56 de la LOFAGE).

El control financiero sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia sigue el régimen general de control permanente, llevándose a cabo por una Intervención Delegada de la Intervención General de la Administración del Estado, sin perjuicio de las funciones que corresponden al Tribunal de Cuentas - art. 20.5 ap. 3 LDC.

A través del control del Tribunal de Cuentas se efectúa asimismo el control parlamentario sobre el Tribunal de Defensa de la Competencia.

B. EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

I. GÉNESIS DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

El Servicio de Defensa de la Competencia fue creado por la Ley de 20 de julio de 1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, como un Organismo Administrativo sujeto a la jerarquía ministerial, que se integraba en el Ministerio de Comercio. Su función principal era la instrucción de los procedimientos¹⁴⁸. Por medio de la dependencia orgánica del Ministerio de Comercio el Gobierno se aseguraba un control inmediato que limitaba la capacidad de maniobra del Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁴⁹. Todavía existen críticas en la doctrina respecto a la naturaleza jerárquica del Servicio de Defensa de la Competencia, integrado en el Ministerio de Economía y Hacienda porque la instrucción es decisiva para la eficacia de la defensa de la competencia¹⁵⁰. Según Alonso Soto¹⁵¹ con la modificación de la Ley de Defensa de la Competencia (por la Ley 52/1999) se reducen sustantivamente las competencias del Tribunal de Defensa de la Competencia, ampliándose al mismo tiempo, las del Servicio de Defensa de la Competencia. Las "nuevas" facultades, atribuidas al Servicio de Defensa de la Competencia por la Ley 52/1999 son las siguientes:

- El Servicio de Defensa de la Competencia está facultado para elaborar informes en materia de liberalización económica.
- El Servicio de Defensa de la Competencia está facultado para informar los proyectos de ley que contienen restricciones a la competencia y puede proponer al Gobierno la reforma de la legislación de defensa de la competencia (art. 31 LDC).
- El Servicio de Defensa de la Competencia tiene atribuida la potestad de terminar los procedimientos de modo convencional mediante acuerdo con las partes.
- El Servicio de Defensa de la Competencia está facultado para dirigir informes y recomendaciones a las administraciones públicas.

¹⁴⁸ Sobre el génesis del SDC ver especialmente Garrigues, J. "La defensa de la competencia mercantil", op.cit., pp.118-120.

¹⁴⁹ Baño León, J. M. "Potestades administrativas...", op. cit, p. 161.

¹⁵⁰ Ibíd, pp. 161-164; Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de enero 1989 "La libre competencia en España"; Alonso Soto, R. "Las recientes modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La necesidad de la reforma y sus principales novedades" en Beneyto Pérez, J. M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 300.

¹⁵¹ Alonso Soto, R. "Las recientes modificaciones..." op. cit. pp. 300-302; En el mismo sentido ver Escudero, A. "Apuntes...", op.cit., p.34; Fernández López, J.M. "Debate...", op.cit, p.81; Berenguer Fuster, L. "Sistema...", op.cit., p.17.

- El Servicio de Defensa de la Competencia efectúa la cooperación con los organismos de defensa de la competencia de la Unión Europea e internacionales.

II. ORGANIZACIÓN INTERNA DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.

El Servicio de Defensa de la Competencia está adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda siendo su Director el Director General de Defensa de la Competencia y está estructurado en tres Subdirecciones Generales (Anexo N° 6):

A. Subdirección General de concentraciones cuyas funciones son las siguientes:

- Detección e informe de las operaciones de concentración o de toma de control.
- Análisis e informe de toda operación de concentración notificada de acuerdo con la Ley de Defensa de la Competencia.
- Cooperación con los organismos de la UE en materia de concentraciones económicas.
- Asesoramiento y propuesta en materia de concentraciones.

B. Subdirección General de Conductas Restrictivas de la Competencia, cuyas funciones son las siguientes:

- Instrucción y tramitación de los expedientes de autorización.
- Inspección.
- Información, asesoramiento y propuesta en relación con las conductas que restringen la competencia incluso facultad para informar los proyectos de ley que contienen restricciones a la competencia y propuestas al Gobierno.
- Vigilancia del cumplimiento de las resoluciones del TDC y la ejecución de estas resoluciones.
- Elaboración de informes de recursos administrativos.
- Las relaciones con los Tribunales de Justicia en materia de defensa de la competencia.
- Coordinación con el Tribunal de Defensa de la Competencia.
- Llevar el Registro de Defensa de la Competencia.

- Cooperación en materia de prácticas restrictivas a la competencia con los organismos de la defensa de la competencia de la UE, (especialmente la Comisión) e internacionales.

C. Subdirección de Asuntos Jurídicos y Relaciones Institucionales, cuyas funciones son las siguientes:

- Estudio e investigación de los sectores económicos.
- Asesoramiento en la aplicación y desarrollo de la normativa de competencia.
- Cooperación y colaboración con las CC.AA, los órganos reguladores sectoriales e institucionales internacionales (especialmente la Comisión), pero asimismo la OCDE, la UNCTAD, etc...
- Estudios e informes sobre la problemática en materia de competencia.

Como se puede observar, analizando la estructura del SDC, el Servicio se encarga de todos los ámbitos en el área de defensa de la competencia y algunos aspectos del control de concentraciones y ayudas públicas, como asimismo de la actividad internacional, incluyendo las relaciones con las autoridades comunitarias.

III. FACULTADES Y FUNCIONES DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. FACULTADES DE INVESTIGACIÓN .

Las amplias facultades de investigación e inspección del Servicio de Defensa de la Competencia encuentran su justificación jurídica en el art. 33 LDC. Dicho artículo establece la posibilidad de los funcionarios debidamente autorizados por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia para realizar las investigaciones necesarias para la debida aplicación de la Ley (art. 33.1 LDC): esta fórmula abstracta permite a los funcionarios realizar todo tipo de investigaciones con objeto de detectar las infracciones de la LDC (y estos amplios poderes de investigación están en paralelo con las disposiciones comunitarias en este ámbito), encontrando estos amplios poderes su justificación en la adaptación constante a la dinámica del mercado. Con este propósito el art. 32 LDC establece el deber de colaboración e información a "toda persona natural o

jurídica"¹⁵² (art. 32.1 LDC). El incumplimiento de la obligación establecida puede ser sancionado por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia con multas coercitivas de 60, 10 a 3.005,06 euros por cada día de retraso en el cumplimiento del deber de aportación de datos e informaciones en el plazo fijado (art. 32.2) y la obstrucción de la labor inspectora puede ser sancionada por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia con una multa coercitiva de hasta 900 euros diarios (art. 33.4 LDC). De este modo las facultades de inspección están cumplimentadas por facultades sancionadoras¹⁵³.

El art. 33.2 LDC establece los siguientes métodos de investigación para los funcionarios¹⁵⁴: examinar, obtener copias o extractos de los libros, documentos, incluso de carácter contable y, si procediera retenerlos (por un plazo máximo de 10 días). Los funcionarios pueden solicitar asimismo explicaciones verbales y pueden ir acompañados de expertos y peritos (art. 33.3 LDC). Todos estos textos legales garantizan la posibilidad de obtener la mayor cantidad de datos para el esclarecimiento de los hechos.

Por ello se prevé asimismo la posibilidad de investigación domiciliaria¹⁵⁵:

El art. 34 LDC establece las condiciones específicas de la investigación domiciliaria: el acceso a los locales puede realizarse con el consentimiento de sus ocupantes o mediante mandamiento judicial. El primer supuesto no exige muchas precisiones a diferencia del caso de no consentimiento de los ocupantes o cuando se corre el riesgo de su oposición (art. 34.3 LDC). En este último caso el Director del Servicio de Defensa de la Competencia debe solicitar autorización de entrada al domicilio al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. En la solicitud de autorización deben constar: los sujetos investigados, los datos, documentos, y operaciones que serán objeto de la inspección, la fecha y el alcance de la investigación. De todas las entradas en locales y de la inspección se levantará un acta firmada por el funcionario autorizado y por uno de sus ocupantes, a la que se debe adjuntar, en su caso, la relación de documentos retenidos temporalmente (art. 34.4 LDC). Con ello se pretende que el

¹⁵² El Tribunal de Defensa de la Competencia se ha pronunciado varias veces, enfatizando la importancia del deber de colaboración e información, por ejemplo RTDC de 23 de julio de 1997, expte. R213/97, asunto Arquitectos de Madrid, RTDC de 9 de Julio de 1997, expte. R. 209/97, asunto Fútbol Televisado I, RTDC de 18 de octubre de 1993, expte. A63/1993, asunto TV Autonómicas, etc.

¹⁵³ Véase Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., pp.326-328.

¹⁵⁴ Sobre la importancia de las facultades de información e inspección ver Fernández Ordóñez, M. A. "La competencia", ed. Alianza Editorial, Madrid 2000, p.131; Bermejo Zofío, F. "Procedimiento de conductas restrictivas...", op.cit., pp.852-853; Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.317.

¹⁵⁵ Ver asimismo Uría Fernández, F. "Aspectos jurídicos...", op.cit., p.76.

Servicio de Defensa de la Competencia no efectúe inspecciones genéricas en busca de informaciones y pruebas inculpatorias: las inspecciones deben organizarse, por tanto, de manera altamente seleccionada y con objetivos definidos.¹⁵⁶ El art. 34.6 LDC establece una garantía de confidencialidad, en sentido que los datos y las informaciones obtenidos sólo pueden ser utilizados para las finalidades, previstas en la Ley.

En todo caso, hay que subrayar que la investigación domiciliaria debe realizarse respetando los límites, impuestos por el art.18 de la Constitución Española¹⁵⁷.

Soriano García¹⁵⁸ da ejemplo con la RTDC de 8 de julio de 1991, expte. N° 265/90, recurso de súplica, asunto Productores de Pollos, de la cual se pueden extraer las siguientes consideraciones en relación con lo anteriormente expuesto:

A. Según el Tribunal de Defensa de la Competencia las investigaciones no precisan la existencia de un expediente sancionador que formalmente haya sido abierto, sino que pueden desarrollarse perfectamente en el contexto de unas diligencias preliminares para averiguar si hay indicios de prácticas restrictivas de la competencia que puedan motivar posteriormente la apertura de oficio de un expediente, lo cual no significa que se produzcan al margen de la legalidad.

B. Dichas investigaciones deben cumplir una serie de requisitos establecidos para garantizar la seguridad jurídica, tales como la existencia de una orden de investigación dictada por el Director General de Defensa de la Competencia en la que conste:

1. El motivo que fundamenta la investigación.
2. El sujeto pasivo de la misma.
3. Los funcionarios del Servicio de Defensa de la Competencia autorizados para realizarla.
4. Las informaciones, datos o documentos que se pretende obtener y el levantamiento de un acta que recoja las vicisitudes de la inspección.

De este modo se puede proceder a una Información Reservada¹⁵⁹ para evitar la apertura de un expediente sancionador cuando los hechos que se denuncian no vienen respaldados por algún principio de prueba que fundamente su verosimilitud - se trata de un mecanismo para proteger los intereses de los ciudadanos para no ser objeto de

¹⁵⁶ Santos, S. “La prueba en el procedimiento sancionador de la LDC” en Ortiz Blanco, L. “Derecho de la competencia europeo y español”, ed.Dykinson, Madrid, 1999, p.313.

¹⁵⁷ Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., p.170.

¹⁵⁸ Soriano García, J.E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., pp. 341-342.

procedimientos injustificados y de una mayor eficacia. Por ello el Servicio de Defensa de la Competencia en la fase del procedimiento de Información Reservada no tiene la obligación de realizar todas las indagaciones necesarias y de buscar todas las pruebas que pida el denunciante sino el deber de indagación de los elementos para fundar el acuerdo de archivar la denuncia o incoar el expediente. Por esta razón, acertadamente afirma Fernández López¹⁶⁰, este tipo de investigaciones no deberá prolongarse en el tiempo y alcanzar a supuestos en que existen ya indicios de infracción.

2. LA POTESTAD DE INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE.

Según el art. 36 LDC el procedimiento se inicia por el Servicio de oficio (por iniciativa propia, por orden superior, por el Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁶¹) o a instancia de la parte interesada (por denuncia¹⁶²). Sólo el Servicio está facultado a iniciar expediente "cuando se observen indicios racionales" de la existencia de conductas prohibidas. Se trata siempre de responder a intereses y necesidades y objetivos públicos y los particulares no ostentan nada más que la posición general de "impulsores externos"¹⁶³ del procedimiento - Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992. Se trata de, en palabras del propio Tribunal "una actuación popular, ya que tiene vocación de permitir la dictatio ad populum en temas de competencia"¹⁶⁴. Pero como señala Casés, el carácter público de la denuncia no implica que ésta pueda originar en todo caso la incoación del expediente, ni determina el objeto del mismo.¹⁶⁵

Así, la iniciación no es un acto obligatorio para el Servicio de Defensa de la Competencia, sino que puede inadmitir o terminar convencionalmente el procedimiento, en los siguientes supuestos (art. 36 bis 1 LDC):

¹⁵⁹ Según el propio TDC en la RTDC de 28 de enero de 1994, asunto Caja Municipal de Ahorros, se trata de una "previa averiguación de los hechos"; a este respecto en detalle se puede consultar Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., pp.310-311; véase asimismo Fernández López, J.M. "Debate...", op.cit., p.82.

¹⁶⁰ Fernández López, J.M. "Debate...", op.cit., p.82.

¹⁶¹ A este respecto se puede observar que la relación del TDC con el SDC por lo que se refiere a la apertura del procedimiento no está resuelta con claridad en la Ley. El TDC está fuera de la línea jerárquica en que se insiere el SDC, pero el art.25 de la LDC enumera en su letra f), entre las competencias del TDC la de "interesar la instrucción de expedientes por el SDC". En la doctrina existe una discusión si esto significaría la de ordenar la incoación del expediente- ver Bermejo Zofío, F. "Procedimiento de conductas restrictivas...", op.cit, p.840.

¹⁶² Sobre la iniciación por denuncia ver Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., pp.307-308.

¹⁶³ Soriano García, J. E. "Derecho público de la competencia", op. cit., p. 438; Escudero, A. y otros "Apuntes...", op.cit., p.171.

¹⁶⁴ RTDC de 2 de noviembre de 1992, cit. por Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.307.

¹⁶⁵ Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., pp.309-310.

- a) En los casos "de minimis", cuando por economía procesal se decide no perseguir una determinada conducta por su escasa importancia, aunque la conducta reúna las condiciones de los arts. 1 y 6 LDC.
- b) Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas de falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal cuando el Servicio de Defensa de la Competencia estime que no concurren las circunstancias previstas en el art. 7 LDC.
- c) Acordar la terminación convencional de una investigación por posible infracción de los arts. 1, 6 y 7 LDC siempre que se cumplan los dos requisitos siguientes:
 - Que la conducta sea contraria a la LDC,
 - Que la conducta esté encaminada a finalizar las actuaciones administrativas.

La terminación convencional no se puede acordar en dos casos (art. 36 bis ap. 2 LDC):

- Si resulta contraria al ordenamiento jurídico y resulta perjudicial para terceros ,
- Si está notificado el pliego de concreción de hechos¹⁶⁶.

Se trata, en efecto, de prácticas aún no llevadas a cabo, o sólo iniciadas y que , con las debidas correcciones, no afectarían al interés público¹⁶⁷.

El art. 36 bis ap. 3 LDC establece los requisitos mínimos de los actos - acuerdos de terminación convencional de los procedimientos:

- La identificación de las partes intervinientes.
- El ámbito personal, territorial y temporal.
- El objeto y alcance de los compromisos.

Los acuerdos deben ser firmados por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia y los interesados (art. 36 bis, ap. 4 LDC). Contra dichos acuerdos, como se va a leer más adelante, cabe recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 47 LDC). Según algunos autores, aunque esta facultad puede permitir una mayor flexibilidad en los procedimientos, puede causar asimismo tensiones por el reconocimiento de una discrecionalidad del Servicio de Defensa de la Competencia. En mi opinión se podría pensar atribuir dichas facultades de terminación convencional de

¹⁶⁶ Escudero, A. y otros "Apuntes...", op.cit., p.173.

¹⁶⁷ Fernández López, J.M. "Debate...", op.cit., p.84.

los procedimientos al Tribunal de Defensa de la Competencia o al Servicio de Defensa de la Competencia y Tribunal de Defensa de la Competencia conjuntamente¹⁶⁸.

La incoación del expediente en los demás casos se acuerda mediante providencia - un acto de trámite (art. 36.4 LDC) en que se procede al nombramiento de Instructor y de Secretario que se notifica a los interesados antes de decidir la incoación de un expediente sancionador.

Por otro lado, cuando el Servicio de Defensa de la Competencia considere que no hay indicios de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, podrá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones¹⁶⁹ (art. 36.3 LDC).

El acto con el que se acuerda el archivo de actuaciones es un juicio solamente sobre la capacidad de apertura del expediente (no sobre el fondo del asunto) que es recurrible ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 47 LDC).

Un problema de especial importancia es la publicidad de la iniciación del expediente. Como señala Soriano García¹⁷⁰ existen dos principios en tensión:

1. La protección del Mercado y del interés público.
2. Evitar el daño a empresas que al final del procedimiento pueden no ser sancionadas.

El legislador ha ofrecido una solución que depende del arbitrio del Servicio de Defensa de la Competencia, empleando fórmulas como "se podrá publicar una nota sucinta, sobre los extremos fundamentos" del expediente con el propósito de que "cualquiera pueda aportar información" (art. 36.5 ap. 1 LDC). Con estas fórmulas, por un lado se da la posibilidad del Servicio de Defensa de la Competencia de proteger la parte interesada y por otro lado, en caso de que se decida la publicación, se da la posibilidad de adquirir más datos sobre el asunto.

Respecto a la publicación Casés afirma que "la justificación o procedencia de la publicidad de la incoación del expediente sancionador relativo a conductas prohibidas

¹⁶⁸ Arujo Boyd, M. "Comentario a la Ley 52/1999 de 28 de diciembre..." en Ortiz-Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 257; a este respecto Fernández López, J.M. "Debate...", op.cit., pp.84-85, indica que la posibilidad de adoptar o supervisar los acuerdos de terminación convencional por el TDC dilataría el procedimiento, privando a éste de su finalidad de terminar las actuaciones administrativas, pero considera que respecto a la supervisión parece suficiente la fórmula adoptada finalmente por el legislador, al posibilitar recurso ante el TDC a aquellos que acrediten un interés legítimo y no hubiesen tomado parte en el acuerdo. Así, en el supuesto de estimar el recurso, el TDC podrá dejar sin efecto el acuerdo y ordenar continuar el procedimiento y, en suma, sancionar las conductas prohibidas. El autor citado considera que así se obtiene suficiente garantía y al mismo tiempo se respeta la finalidad de la terminación convencional; ver asimismo Uría Fernández, F. "Aspectos jurídicos...", op.cit., p.70 y 75.

¹⁶⁹ Ver Bermejo Zofío, F. "Procedimiento de conductas restrictivas...", op. cit., p.863 y Fernández Fábrega, A. "Los procedimientos...", op. cit., p.952.

por la LDC se debe encontrar en la naturaleza misma de las infracciones que se persiguen. En el expediente tramitado, además de los derechos de los directamente interesados, existe un interés público. Las conductas prohibidas por la LDC son contrarias al interés público y para ello se han de arbitrar mecanismos para posibilitar el conocimiento de su persecución más allá del normalmente estrecho vínculo de interesados”¹⁷¹. Considero que en este caso hay que considerar tanto el interés público como asimismo los intereses de los supuestos infractores, porque un perjuicio para determinadas empresas, si se trata de sectores importantes de la industria o el comercio, puede llevar a distorsiones del mercado.

La nota se puede publicar en el BOE y, en su caso, en cualquier otro medio de difusión que garantice una publicidad suficiente (art. 36.5 ap. 2 LDC).

La Ley de Defensa de la Competencia prevé (en la fase de iniciación) la facultad del Servicio de Defensa de la Competencia de acumular expedientes cuando entre ellos exista una conexión directa - se trata de un acto de trámite confiado a la discrecionalidad del Servicio de Defensa de la Competencia y no susceptible de recurso.

3. LA INSTRUCCIÓN DE LOS EXPEDIENTES. ACTOS DE INSTRUCCIÓN.

3.1. Instrucción del expediente sancionador.

De acuerdo con el art. 37 LDC el Servicio practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades (art. 37. 1 LDC). Según Casés se trata de una fase decisiva para el devenir del expediente en la que el SDC desarrolla plenamente su papel de órgano instructor.¹⁷²

Tal y como afirma Santos, a diferencia de los órganos administrativos ordinarios, el Servicio de Defensa de la Competencia tiene atribuidas unas prerrogativas muy superiores a las de ellos¹⁷³ - esto se debe a la misión específica de los órganos de defensa de la competencia. A ello se debe añadir una nota específica en materia de pruebas: la obtención de pruebas documentales es especialmente difícil¹⁷⁴ (la gran

¹⁷⁰ Soriano García, J. E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 446.

¹⁷¹ Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., pp.315-316.

¹⁷² Ibíd, p.317.

¹⁷³ Santos, S. “La prueba en el procedimiento sancionador de la LDC...”, op. cit., p. 312.

¹⁷⁴ Para la obtención de la información que precise, el Instructor acudirá a todo tipo de fuentes, incluida la documentación existente en la Dirección General, en las asociaciones empresariales y en el Registro Mercantil Central donde se encuentran los estatutos, los poderes y las cuentas anuales de las sociedades- Escudero, A. “Apuntes...”, op.cit., p.172; asimismo Bermejo Zoffó, F. “Procedimiento de infracción...”, op.cit., p.856.

mayoría de los acuerdos que se denuncian como contrarios a la competencia se realizan de forma verbal o se mantienen en secreto). Por ello es necesario recurrir, con frecuencia a las pruebas de presunciones. En este caso resulta conveniente recordar los tres requisitos fundamentales para aplicar la prueba de presunciones (se trata de una doctrina generalmente aceptada por el sistema continental):

- Los hechos sobre los que se base la presunción han de ser plenamente probados.
- Existencia de un nexo causal entre los hechos probados y la infracción alegada.
- No debe existir otra justificación, que no sea la de la comisión de una infracción a la Ley, más plausible para explicar los hechos probados.

Las diligencias durante la fase de instrucción son meros actos de trámite que no resuelven de fondo el asunto ni paralizan el procedimiento - RTDC de 18 de octubre de 1993, expte. A63/93, asunto TV Autonómicas.

Las facultades del Servicio de Defensa de la Competencia durante la fase de instrucción resultan especialmente importantes ya que conforme a las pruebas obtenidas, el Servicio de Defensa de la Competencia redactará el "Pliego de Concreción de Hechos"¹⁷⁵, donde quedan fijados los hechos que puedan ser constitutivos de infracción. Sobre estos hechos posteriormente resolverá el Tribunal de Defensa de la Competencia. En palabras del propio Tribunal de Defensa de la Competencia "el pliego de concreción de hechos es el único acto que define la acusación y las personas imputadas" - RTDC de 16 de enero de 1997 - expte. R171/96, asunto Unión Explosivos

2. Una vez cerrado el período probatorio, no cabe añadir hechos nuevos.

Si el Servicio de Defensa de la Competencia estima que existan conductas que podrían constituir infracción, redactará un informe¹⁷⁶ que debe expresar (art. 37.3 LDC):

- Las conductas observadas.
- Sus antecedentes.
- Sus autores.
- Los efectos producidos en el Mercado.
- La calificación de los hechos.
- Las responsabilidades que corresponden a los autores.

¹⁷⁵ Bermejo Zofío, F. "Procedimiento de infracción...", op.cit., pp.854-855; Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.329.

¹⁷⁶ Véase Escudero, A. y otros "Apuntes...", op.cit., pp.174- 176 y Casés, L. "Derecho administrativo...", op.cit., p.330.

El Servicio de Defensa de la Competencia está facultado para valorar las pruebas y estas pruebas se recogerán en el informe final expresando si se han practicado o denegado (art. 37.1 ap. 3 LDC). El art. 37.2 LDC prevé, en la misma línea, que en cualquier momento del procedimiento, antes de redactar el informe, los interesados podrán aducir alegaciones (se trata de argumentaciones en relación con el expediente).

El informe final, acompañado del expediente se remite al Tribunal de Defensa de la Competencia. Conviene enfatizar en que el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene que atenerse a la calificación realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia.- RTDC de 10 de junio de 1993, expte. 319/92, asunto Liga de Fútbol.

Según Soriano García¹⁷⁷ el Pliego de Concreción de Hechos concreta el material fáctico y sobre éste material fáctico se establecen las calificaciones jurídicas posteriores, así que en el informe final se concreta la acusación. Se considera que dicho informe es un acto de juicio, pero no un acto de juicio definitivo. Se trata de una subsunción inicial del material fáctico en lo dispuesto en la Ley, porque la resolución del TDC es el acto de juicio definitivo.

Cuando tras la instrucción necesaria, el Servicio de Defensa de la Competencia considere que no se ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas, redactará la propuesta de sobreseimiento¹⁷⁸ (art. 37.4 LDC). El sobreseimiento es un acto del Servicio de Defensa de la Competencia con el que el Servicio expresa su voluntad de no dar comienzo a las actuaciones del expediente sancionador. A diferencia del archivo de las actuaciones que implica la no apertura del procedimiento, el sobreseimiento es un acto de cierre del procedimiento; es un acto de juicio en el que, tras la valoración de las conductas en relación con el material fáctico, se concluye que se ha de terminar el expediente no imputando conductas a los sujetos implicados¹⁷⁹. Contra el acuerdo de sobreseimiento se puede interponer recurso en méritos de los artículos 47 y 48 LDC (art. 37.4 LDC).

3.2.Instrucción del expediente de autorización.

La instrucción del expediente de autorización tiene como finalidad comprobar los supuestos de hecho que podrían justificar la autorización. De este modo, por no existir en general limitaciones a derechos y libertades de los interesados no se dan los obstáculos para la publicación de la nota, prevista en el art. 36.5 de la LDC. El

¹⁷⁷ Soriano García, J. E. “Derecho público de la competencia”, op. cit., p. 459.

¹⁷⁸ Bermejo Zofío, F. “Procedimiento de conductas restrictivas...”, op. cit., p.858.

procedimiento de autorización es el único procedimiento, previsto en la Ley de Defensa de la Competencia que no se puede incoar de oficio por la Administración.

El Servicio de Defensa de la Competencia puede hacer todas las investigaciones necesarias.

Es importante que la solicitud de autorización (art. 38.2 LDC) contenga todos los datos necesarios "para poder apreciar la naturaleza y efectos de la conducta": los datos identificativos de las partes, el objeto de la solicitud y la información sobre el mercado afectado.

Concluidos todos los trámites del procedimiento ante el Servicio, el mismo debe remitir el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia con la calificación de los hechos (art. 38.4 LDC). En los supuestos previstos en el art. 3.1 LDC se exige el informe preceptivo (y no obligatorio) del Consejo de Consumidores y Usuarios.

Cuando el Servicio de Defensa de la Competencia estime que la autorización es procedente, ha de hacer, por un lado, expresa indicación del supuesto de autorización aplicable conforme al art. 3 LDC y, por otro lado, señalar si es preciso incorporar modificaciones, condiciones y obligaciones y el período de tiempo por el que ha de otorgarse la autorización - art. 8.4 del Real Decreto 378/2003 de 28 de marzo por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.

4. OTRAS ACTUACIONES DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. .

4.1. Proyectos de normas, informes y estudios.

El Servicio de Defensa de la Competencia elabora proyectos de normas en relación con la defensa de la competencia (art. 31 j LDC) - un ejemplo es la elaboración durante el año 2003 del proyecto de Real Decreto relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia. Además, el SDC está dotado con la facultad para estudiar y someter a la aprobación del Gobierno las oportunas propuestas de modificación de la LDC (art. 31 l LDC).

El Servicio de Defensa de la Competencia juega asimismo un papel importante en materia de promoción de competencia (advocacy) a través de la realización de

¹⁷⁹ Soriano García, J. E. "Derecho público de la competencia", op. cit., p. 459.

informes sobre proyectos normativos (Proyectos de Ley, de Reales Decretos o de órdenes ministeriales) procedentes de otras unidades del Ministerio de Economía o de otros Ministerios. Por ejemplo, en el año 2003 se han analizado en total unos 120 proyectos normativos¹⁸⁰: se trata de un análisis del contenido del proyecto normativo desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Se viene llamando la atención sobre aquellas disposiciones cuyos efectos producen barreras de entrada o cierre de mercados. Se elaboran informes sobre concentraciones, ayudas públicas, comercio interior, seguridad alimenticia, colegios profesionales, materias presupuestarias, transportes, materias medioambientales, etc... En las mismas áreas el Servicio de Defensa de la Competencia realiza estudios con objeto de investigar las consecuencias de las actuaciones de los agentes económicos en el Mercado.

4.2.Funciones en materia de control de concentraciones.

Como se ha señalado anteriormente, las concentraciones tienen un efecto considerable sobre la estructura del mercado y de aquí- sobre la libre competencia.En este contexto es importante la labor que realiza el Servicio en dicho ámbito.

4.2.1. El Servicio de Defensa de la Competencia puede requerir la notificación de la operación de concentración (en plazo de 20 días del requerimiento). Incumplida esta obligación, el Servicio de Defensa de la Competencia puede incoar de oficio el expediente o/e imponer sanciones:

- Multas coercitivas de hasta 12 048 euros por día de retraso de la notificación.
- Multas sustantivas.

Los dos tipos de multas son acumulables.

4.2.2. El Servicio de Defensa de la Competencia estudia la concentración en la Iª Fase de revisión de la operación¹⁸¹ (la IIª fase se realiza por el Tribunal de Defensa de la Competencia y la IIIª fase- por el Gobierno).Para ello el SDC tiene atribuidas las facultades de recabar información, establecidas en los analizados arts.32, 33 y 34 LDC. Esta Iª fase puede finalizar conforme con las siguientes alternativas¹⁸²:

- el SDC puede proponer al Ministro de Economía y Hacienda la autorización expresa de la concentración - art. 15 bis 1 y 2 LDC.La autorización puede ser tácita.

¹⁸⁰ Información disponible en www.mineco.es/dgdc/sdc.

¹⁸¹ El procedimiento de esta primera fase está analizado recientemente por Rodríguez González, M.J. “El procedimiento nacional en materia de control de concentraciones entre empresas” en Beneyto Pérez, J.M. “Tratado de derecho de la competencia”, ed.Bosch, Barcelona, 2005, pp.917-921.

¹⁸² Arpón de Mendivil y de Aldama, A. "La nueva regulación sobre concentraciones...",op. cit. pp. 340-342.

- Solución negociada: el Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia puede instar a las partes a presentar compromisos o modificaciones de la operación-art. 45 ter LDC. Las partes tienen dos opciones - rechazar la terminación convencional del expediente o presentar los compromisos¹⁸³.

En nuestra opinión es conveniente dotar de esta facultad al Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano resolutivo o, como segunda alternativa, que los dos órganos (SDC y TDC) participen juntos en la negociación.

- En caso de que la operación notificada no reúne las condiciones del art. 14, pero permite la consideración por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia que la misma se valore como un acuerdo entre empresas en el sentido del art. 3 LDC, dicha operación queda sujeta al procedimiento sobre las prácticas restrictivas de la competencia (art. 38 LDC) - RTDC de 14 de julio de 1993, asunto Mölnlycke AB.

El Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia remite al Tribunal de Defensa de la Competencia aquellos expedientes que considere que pueden obstaculizar la competencia efectiva - art. 15.1 bis LDC. La remisión del expediente al TDC implica que su resolución se demorará 3 meses más y que el órgano competente para decidir ya no será el Ministro de Economía, sino el Gobierno.

En resumen se puede concluir que en los procedimientos de concentraciones económicas la facultad de resolución se atribuye al Ministro de Economía y al Gobierno; así el TDC tan sólo dispone de la facultad de emitir un dictámen no vinculante sobre la operación.

4.3. Funciones en materia de ayudas públicas.

El Servicio de Defensa de la Competencia participa en reuniones y grupos de trabajo, organizados por la Comisión Europea como por ejemplo las reuniones del Grupo de Trabajo de Ayudas Públicas de la Comisión Interministerial de Asuntos para la Unión Europea (CIAUE) con el propósito de estudiar los proyectos de ayudas públicas para su posterior notificación y autorización por la Comisión. Con este mismo objetivo el Servicio de Defensa de la Competencia elabora informes sobre ayudas públicas.

¹⁸³ Ver Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., p.232.

4.4. Funciones en materia de relaciones con la Comisión y las autoridades internacionales.¹⁸⁴

Los funcionarios del Servicio de Defensa de la Competencia participan en reuniones de Directores Generales de Competencia las máximas autoridades de competencia de cada Estado miembro, en que se tratan problemas en relación con las novedades normativas y sobre todo las Comunicaciones, adoptadas por la Comisión. De este modo se garantiza la aplicación uniforme del Derecho de la Competencia en toda la Red de Autoridades Nacionales. Asimismo, los funcionarios participan en reuniones informales entre las Autoridades de Competencia de la UE para investigar temas de interés común con objetivo de conseguir una cooperación más estrecha en la aplicación del derecho de la competencia. El Servicio de Defensa de la Competencia participa en Audiencias y Comités Consultivos sobre expedientes comunitarios, previos a la adopción de decisiones por parte de la Comisión, representado al Estado español. Es importante enfatizar la participación del Servicio de Defensa de la Competencia en reuniones de expertos y grupos de trabajo a nivel comunitario (el año 2004 estas reuniones estaban relacionadas con la modernización de las normas de defensa de la competencia, cuyo comienzo de aplicación coincide con la nueva ampliación de la UE). El Servicio de Defensa de la Competencia participa en conferencias de expertos gubernamentales sobre temas sectoriales ;el Servicio toma parte asimismo en otros foros y mesas redondas como las reuniones de la OCDE, del Global Forum of Competition y en el marco de la OMC - en el Grupo Conjunto de Comercio y Competencia¹⁸⁵. El mandato de este Grupo, está centrado fundamentalmente en tratar los temas previstos en la agenda de trabajo sobre políticas de competencia aprobada por la Cuarta Conferencia Ministerial¹⁸⁶ de la OMC (celebrada en Doha - 14 de noviembre 2001). Su finalidad es preparar la posición de los miembros de la OMC de cara a la eventual apertura de negociaciones sobre el Acuerdo Multilateral de Competencia, en relación con los siguientes aspectos:

- Los principios fundamentales de la OMC.
- Disposiciones en materia de cárteles de núcleo duro.

¹⁸⁴ Sobre este tema se pueden consultar las memorias anuales del SDC, disponibles en www.mineco.es/dgdc/sdc.

¹⁸⁵ A través del Grupo Informal de Expertos, adscrito al Comité 133 de la Comisión Europea, cuya labor está dedicada a "unificar" la posición de la UE ante la apertura de negociaciones de un Acuerdo Multilateral de Competencia.

¹⁸⁶ Ver www.mineco.es/dgdc/sdc/memoria%.

- Modalidades de cooperación voluntaria en legislación de competencia.
- Asistencia técnica y creación de capacidad en los países de desarrollo.

El año 2003 España (a través del Servicio de Defensa de la Competencia) ha participado asimismo en la Reunión Especial de Expertos de la UNCTAD sobre la Revisión de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia y en la ICN (International Competition Network) que es un foro informal de autoridades de competencia, cuyo objetivo es mejorar la aplicación uniforme de la Ley de competencia en el Mercado global - esta red se creó el año 2001 y en su conferencia anual participan tanto los miembros de la ICN como asesores no gubernamentales (el Banco Mundial, OECD, UNCTAD, asociaciones de abogados, etc...).

IV. EL CONTROL SOBRE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

1. El control por el TDC.

Aparte de los controles administrativos jerárquicos (como es sabido el Servicio de Defensa de la Competencia está integrado en las estructuras organizativas del Ministerio de Economía y Hacienda) los actos del Servicio de Defensa de la Competencia están sujetos al control del Tribunal de Defensa de la Competencia. En el Anexo N° 7 se dan los expedientes de recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia, resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia (1995-2003). Este control del TDC contribuye al establecimiento de un equilibrio entre las funciones del "binomio" que realiza las tareas de defensa de la competencia en España.

2. Legitimación.

Según el art.36 bis. 2 LDC están legitimados para recurrir “quienes acrediten un interés legítimo”¹⁸⁷. Como apunta Fernández Fábrega¹⁸⁸, se trata de una cuestión especialmente delicada, pues un criterio excesivamente amplio puede imponer a quien realmente no es interesado una carga procesal innecesaria, mientras que un criterio demasiado restringido puede acarrear indefensión a quien sí es interesado y éste no podrá defenderse ante el TDC especialmente si fue denunciado.

¹⁸⁷ Véase Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., p.313.

¹⁸⁸ Fernández Fábrega, A. “Los procedimientos...”, op. cit., p.992, p.1008; Pedraz Calvo, M. “Control jurisdiccional en España”, op. cit., p.1038.

3. Actos recurribles.

El art. 47 ap. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia determina los requisitos de los actos que son susceptibles a recurso:

- Estos actos tienen que decidir: "directa o indirectamente el fondo del asunto".
- Tienen que determinar la imposibilidad de continuar un procedimiento , producir indefensión o producir perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.No se considera que existe indefensión por la denegación de práctica de pruebas solicitadas por la parte interesada, cuando (art. 47 ap. 2LDC):
- La decisión de denegación de las pruebas se adopte por resolución motivada del Servicio de Defensa de la Competencia y
- Las pruebas sean "manifiestamente improcedentes o innecesarias".
- Cuando dichas pruebas se pueden practicar ante el Tribunal de Defensa de la Competencia.

De este modo el legislador evita los recursos sobre cuestiones de pruebas que dificultarían y complicarían el procedimiento.

Ejemplos de actos susceptibles a recurso son:

1. La suspensión de la admisión a trámite de la denuncia.

En este caso lo importante es el "interés legítimo", aducido por el recurrente.

Conviene enfatizar que en el caso de suspensión de la admisión a trámite de la denuncia hay que recurrir ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y no ante el superior jerárquico del Servicio de Defensa de la Competencia - RTDC de 17 de diciembre de 1996 expte. R. 176/90, asunto Prestaciones Penitenciarias.

2. En el caso del archivo de las actuaciones, la legitimación para recurrir queda restringida a los que ostentan un interés legítimo. En caso de interposición de este recurso no existe un proceso probatorio - RTDC de 11 de abril de 1995 expte. R. 110/95 asunto Médicos Canarios, RTDC de 13 de enero de 1997, expte. R172/1996 asunto Oil España, porque el archivo de las actuaciones es un acto de juicio no sobre el fondo del asunto, sino sobre la capacidad de apertura del expte. - RTDC de 23 de marzo de 1994 expte R772/94, asunto Contenedores Puerto de Tenerife.

Los efectos de la estimación del recurso han sido puestos de manifiesto por el Tribunal de Defensa de la Competencia en la Resolución de 31 de mayo de 1995, asunto Funerarios de Madrid donde se establece que, en tal caso, la estimación del

recurso se equipara a admisión a trámite por el Tribunal de Defensa de la Competencia, aunque esta posición ha sido criticada por la doctrina.

3. Recurso contra el sobreseimiento.

Aquí se ha de analizar la RTDC de 22 de marzo de 1991, expte. A 8/80, asunto Electromedicina, donde se exponen detalladamente las dos maneras de proceder en el caso de recurso contra el sobreseimiento:

3.1. En primer lugar sería posible que el Tribunal entre, sin más trámite, a resolver sobre el fondo del asunto, esto es, a decidir que existen o no prácticas restrictivas a la competencia. Esta solución, según el Tribunal presenta el siguiente inconveniente: se podría llegar a una condena sin que los expedientados gocen de las garantías previstas en el procedimiento sancionador regulado por la Ley de Defensa de la Competencia, porque en el asunto analizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia no se ha formulado ningún tipo de acusación (art. 37LDC), las partes no han tenido la posibilidad de replicar o proponer pruebas ante el Servicio de Defensa de la Competencia (art. 37.1LDC) o ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 40.1LDC) o solicitar la celebración de la vista (art. 40.1LDC).

3.2. En segundo lugar, cabría devolver el expte. al Servicio de Defensa de la Competencia para que complete la instrucción y lo eleve de nuevo al Tribunal de Defensa de la Competencia, acompañado del informe correspondiente que califique las conductas observadas (art. 37.3 LDC). En el asunto analizado esta solución no es considerada conveniente por el Tribunal de Defensa de la Competencia, porque en el expediente figura un material fáctico suficiente para que el Tribunal de Defensa de la Competencia pueda formular su resolución y para que se debata la interpretación jurídica que ha de darse a los preceptos legales, pero de este modo:

- O bien el Servicio de Defensa de la Competencia se vería obligado a formular unas acusaciones en términos que van contra su propio criterio,
- O bien remitiría las actuaciones al criterio Tribunal de Defensa de la Competencia con un informe que exprese los mismos razonamientos que se contienen en el acuerdo de sobreseimiento recurrido.

La decisión que adopta el Tribunal de Defensa de la Competencia en este asunto es estimar que el recurso se equipara a la admisión a trámite de un expediente por el Tribunal.

Según Fernández Fábrega¹⁸⁹ se pueden recurrir varios actos del SDC como por ejemplo: los acuerdos de terminación convencional o de no terminación convencional¹⁹⁰, los actos de terminación convencional de una investigación, los actos de declaración o denegación de la confidencialidad de algunos documentos, la denegación de proponer o la propuesta de medidas cautelares, la denegación o admisión de personación o de ser parte interesada en un procedimiento, la denegación de pruebas, la reclamación de determinada documentación, para su incorporación al expediente, la no comunicación a los denunciados de la denuncia deducida contra ellos, la acumulación de expedientes, la denegación de alegaciones de extemporaneidad, la denegación de caducidad del expediente, las órdenes de investigación, la paralización de la admisión a trámite de una denuncia, la desestimación de una denuncia por silencio administrativo, la Providencia de declaración de concluso un expediente en el SDC, etc...

En la línea de supervisión de la actividad del Servicio de Defensa de la Competencia dispone el art. 36.6 de la Ley de Defensa de la Competencia que "el Servicio dará cuenta al Tribunal de las denuncias recibidas del archivo de actuaciones y de las providencias de incoación de expedientes". Se trata de una supervisión general del órgano resolutorio de defensa de la competencia que debe de tener el control sobre el órgano instructor en el sistema español de defensa de la competencia. Por otro lado, en todos los casos de recursos contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia el Tribunal de Defensa de la Competencia, recibido el recurso, ordena al Servicio de Defensa de la Competencia la remisión del expediente junto con el informe y resuelve después de la presentación de alegaciones, documentos y justificaciones (art. 48 LDC). El Tribunal es el que se pronuncia definitivamente sobre la cuestión de si se debe seguir o no el procedimiento, sin perjuicio del posible recurso contencioso-administrativo contra su resolución.

¹⁸⁹ Fernández Fábrega, A. "Los procedimientos...", op. cit., pp.997- 999.

¹⁹⁰ Ver Fernández López, J.M. "Debate...", p.85; Uría Fernández, F. "Aspectos jurídicos...", op.cit., p.76.

C. LOS PODERES EJECUTIVOS DE LAS CC.AA. EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

La descentralización del derecho español de la competencia ha sido marcada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/ 99 de 11 de noviembre¹⁹¹ que declara inconstitucional la cláusula “en todo o en parte del mercado nacional” contenida en varias disposiciones de la Ley 16/1989. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional reconoció que la materia defensa de la competencia no se halla atribuida expresamente al Estado por la Constitución, por lo que las CCAA también tendrán competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia, en la medida en que el conjunto de competencias atribuidas al Estado por la Constitución no lo impidan. El Fundamento Jurídico Octavo de dicha STC reconoce la vigencia de los preceptos de la LDC, a pesar de haber sido declarados nulos, hasta tanto el Estado no fije los puntos de conexión que permitan a las CC.AA. ejercer las competencias ejecutivas que les reconocen sus Estatutos de Autonomía. En cumplimiento de esta Sentencia se ha elaborado la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las CC.AA. en Materia de Defensa de la Competencia que ha supuesto una descentralización parcial de los poderes ejecutivos en esta materia¹⁹²: al Estado le siguen correspondiendo la normación, las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado nacional y las actividades relacionadas con las prácticas anticompetitivas en el ámbito comunitario o nacional, o cuando tales actuaciones se realicen en el territorio de más de una CCAA¹⁹³. El legislador ha establecido expresamente el esquema de reparto de competencias entre los órganos de defensa de la competencia de las CCAA. y estatales, empleando tres técnicas¹⁹⁴:

- principio de enumeración que consiste en la atribución al Estado, con carácter exclusivo, además de la normación, de una serie de cuestiones como las concentraciones económicas, las ayudas de Estado, la representación internacional del Estado y la aplicación del derecho comunitario en España

¹⁹¹ Véase Yanes Yanes, P. “Génesis de la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las CC.AA. en Materia de Defensa de la Competencia”, GJUEC, N 221, septiembre-octubre, 2002 y Guillén Caramés, J. “Libre competencia y Estado autonómico”, op.cit., pp.123- 151.

¹⁹² Beneyto Pérez, J. M. “Introducción” al “Tratado de derecho de la competencia”, op. cit., p.LXXXV; Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., p.187.

¹⁹³ Ver Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., pp.175- 178.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p. LXXXVI; Martínez Lage, S. “Editorial: la aplicación del Derecho de la competencia por las Comunidades Autónomas: delimitación competencial”, GJUECN 218, marzo- abril, 2002, pp.3-10 y Soriano García, J.E. “Comentario de urgencia a la Ley 1/2002” en la misma GJUEC, pp.10-26.

- principio de territorialidad que delimita las competencias ejecutivas de las CC.AA, en función de la afectación de la libre competencia en su territorio, en las demás materias: represión de las conductas anticompetitivas y el otorgamiento de autorizaciones singulares a conductas lícitas,
- puntos de conexión adicionales sobre la base de varios conceptos jurídicos indeterminados (dimensión del mercado afectado, cuota del mercado de la empresa, modalidad y alcance de las restricciones, efectos sobre competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios) que operan para determinar si existe afectación a nivel nacional o comunitario aun cuando las conductas se realicen en territorio de una CCAA.

La Ley 1/2002 prevé que el conflicto de competencia entre los órganos de defensa de la competencia estatales y autonómicos o de los autonómicos entre sí se debe resolver con la participación de la Junta Consultiva¹⁹⁵ (art.2 y 3 de la Ley 1/2002), integrada por representantes de la Administración central y de las CC.AA., que, previa consulta al TDC y a las autoridades autonómicas afectadas, emitirá un dictamen. Sin embargo, este dictamen no será de carácter vinculante¹⁹⁶. En caso de que las administraciones en conflicto no asumen el resultado de dicho dictamen, la cuestión se remitirá al Tribunal Constitucional para que decida sobre el conflicto de competencias.

Los art. 4 y 5 de la Ley 1/2002 establecen algunos mecanismos de colaboración y coordinación¹⁹⁷ como la posibilidad de celebración de convenios de colaboración entre los órganos de defensa de la competencia estatales y autonómicos y la creación del Consejo de Defensa de la Competencia¹⁹⁸ como órgano de participación y colaboración entre la Administración General del Estado y las CC.AA. que asume las siguientes funciones:

- realizar el seguimiento periódico de la política de defensa de la competencia por las distintas Administraciones Públicas,

¹⁹⁵ Véase Soriano García, J.E. “Comentario de urgencia...”, op.cit., p.23; García Loygorri, A. “El procedimiento de atribución de competencias en la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las CC.AA en Materia de Defensa de la Competencia”, GJUEC, N 234, noviembre- diciembre, 2004, pp.63-65; Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., pp.253-258.

¹⁹⁶ Véase Escudero, A. y otros “Apuntes...”, op.cit., p.187.

¹⁹⁷ Ver Soriano García, J.E. “Comentario de urgencia...”, op.cit., p.24.

¹⁹⁸ Véase Guillén Caramés, J. “Libre competencia...”, op.cit., pp.233- 258 y, además Berenguer Fuster, L. “Sistema...”, op.cit., p.27: Berenguer propone la sustitución de dicho Consejo por una Red Española de defensa de la competencia, en base al modelo de la Red Europea de autoridades nacionales..

- promover el intercambio de información y la realización y publicación de estudios en los que se pongan de manifiesto los criterios seguidos por las distintas Administraciones en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y armonizar estos criterios,
- informar sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a las materias de defensa de la competencia en las que las CC.AA. tienen competencias ejecutivas.

Además se establecen mecanismos de información recíproca(art.5.2 de la Ley 1/2002) y la obligación de las autoridades autonómicas de emitir un informe preceptivo(no vinculante) en relación con aquellas conductas que afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva CC.AA(art.5.4 de la Ley 1/2002). En todo caso el SDC podrá intervenir en los procedimientos tramitados por los órganos de defensa de la competencia autonómicos con el objeto de evitar diferencias jurisprudenciales y doctrinales en la aplicación del derecho de defensa de la competencia(art.5.3 de la Ley 1/2002).

La Ley 1/2002 establece el marco para la creación de las instituciones competentes en materia de defensa de la competencia en la CC.AA, aclarando las normas de procedimiento aplicables.

Como resultado de la descentralización la Comunidad Autónoma de Cataluña creó, en agosto de 2002, su SDC y TDC, y la Comunidad Autónoma de Galicia creó, con la Ley 6/2004 de 20 de agosto su SDC y TDC. El 6 de mayo de 2005 se ha publicado en el BO del País Vasco el Decreto 81/2005 de 12 de abril de creación de Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del SDC en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

En conclusión puede afirmarse que , tanto en la UE como en España, en los últimos años se ha procedido a la descentralización de algunos aspectos relevantes a la política de competencia(existiendo un modelo semejante en países como los EE.UU o Alemania¹⁹⁹).Esto se puede observar como consecuencia y manifestación de la globalización económica, en relación con la desconcentración de las funciones ejecutivas del Estado.Es decir, se trata de una desconcentración en la toma de decisiones y de la descentralización de las autoridades nacionales hacia los Gobiernos regionales y

¹⁹⁹ En general sobre los EE.UU y Alemania, Casés, L. “Derecho administrativo...”, op.cit., pp.449-698.

locales. Así, dichos Gobiernos adquieren un papel político “revitalizado”²⁰⁰. Debido a estos cambios las autoridades de defensa de la competencia han debido modificar paulatinamente su comportamiento y estructura tradicional (por ejemplo, en la UE) en favor de una mayor coordinación, adaptación e internacionalización de los objetivos de dichas políticas a las modificaciones estructurales del comercio mundial²⁰¹ y a las condiciones de competencia global.

Como se ha destacado anteriormente en el trabajo, la Comisión ha renunciado al “monopolio” sobre la aplicación del art. 81.3 TCE y comparte su aplicación con las autoridades de competencia y tribunales nacionales, aunque se mantiene como eje de dicha red de órganos de defensa de la competencia. Los principios de esta descentralización fueron establecidos, como se ha observado, en el Reglamento N 1/2003, por medio del cual se redistribuyen competencias en materia de competencia hacia las autoridades de los Estados-miembros y se establece un nuevo modelo de autoridades- red. Recientemente y en el mismo sentido a los objetivos del dicho Reglamento²⁰², se ha promulgado en España la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las CC.AA en Materia de Defensa de la Competencia, que establece el reparto de competencias ejecutivas entre el Estado y las CC.AA en materia de defensa de la competencia. Esta distribución de competencias tanto a nivel europeo, como a nivel regional planteará, en los próximos años problemas de coordinación y convergencia. Sin embargo, considero que a largo plazo será eficaz para mantener el sistema actual de defensa de la competencia, basado en el objetivo de distribución de poder económico, porque se ha demostrado (en el caso de los EE.UU) que dicho esquema de distribución territorial de competencias ofrece ventajas para la prevención efectiva de las restricciones de la competencia que representan amenaza para el modelo existente de mercado.

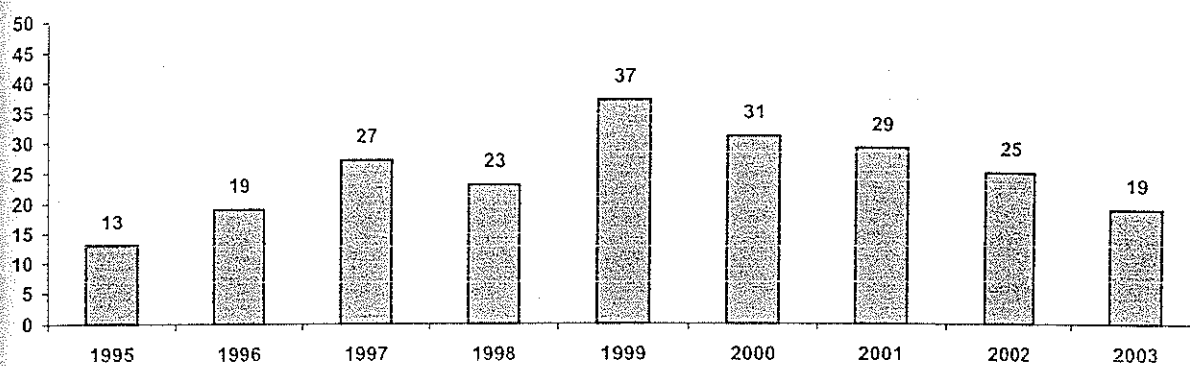
²⁰⁰ Véase Borja, J. y Castells, M. “Local y global”, ed. Taurus, Buenos Aires, 2004, p.17; en otro lugar del mismo libro los autores citados afirman que la globalización “condiciona la construcción de una relación dinámica y creativa entre lo local y global”. Considero que se trata de un aspecto importante en relación con la política de competencia, que se desarrolla paralelamente a este proceso, observado por juristas, economistas y sociólogos; ver asimismo Castells, M. “La era de la información”, ed. Alianza, Madrid, 2001, p.417, donde el autor citado apunta que “la descentralización de las autoridades a los Gobiernos regionales y locales produce una nueva geometría del poder”.

²⁰¹ A este respecto ver el interesante trabajo de Jiménez González, J.L. y Campos Méndez, J. “Efectos de la descentralización de la política de defensa de la competencia”, ed. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2004, p.5.

²⁰² *Ibíd.*

ANEXO N 1

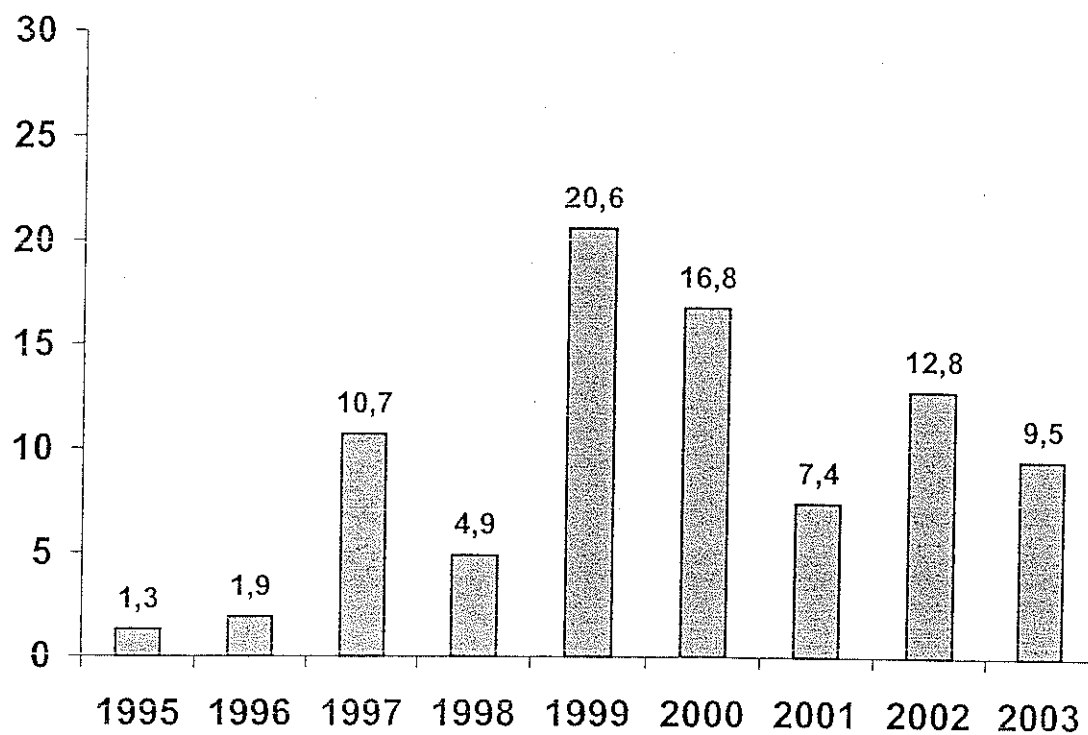
Expedientes sancionadores resueltos por el Tribunal de Defensa
de la Competencia (1995-2003)



Fuente: Memoria del Tribunal de Defensa de la Competencia 2003

ANEXO N 2

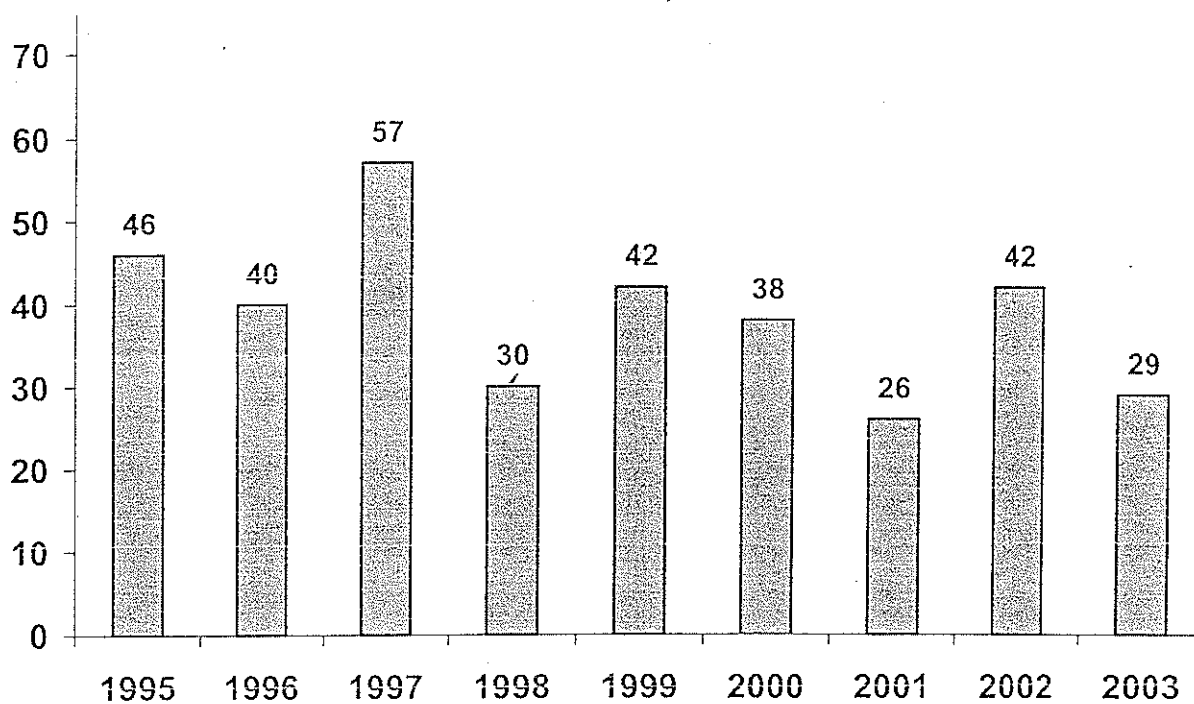
Multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la
Competencia (1995-2003)
(Millones de euros)



Fuente: Memoria del Tribunal de Defensa de la Competencia 2003

ANEXO N 3

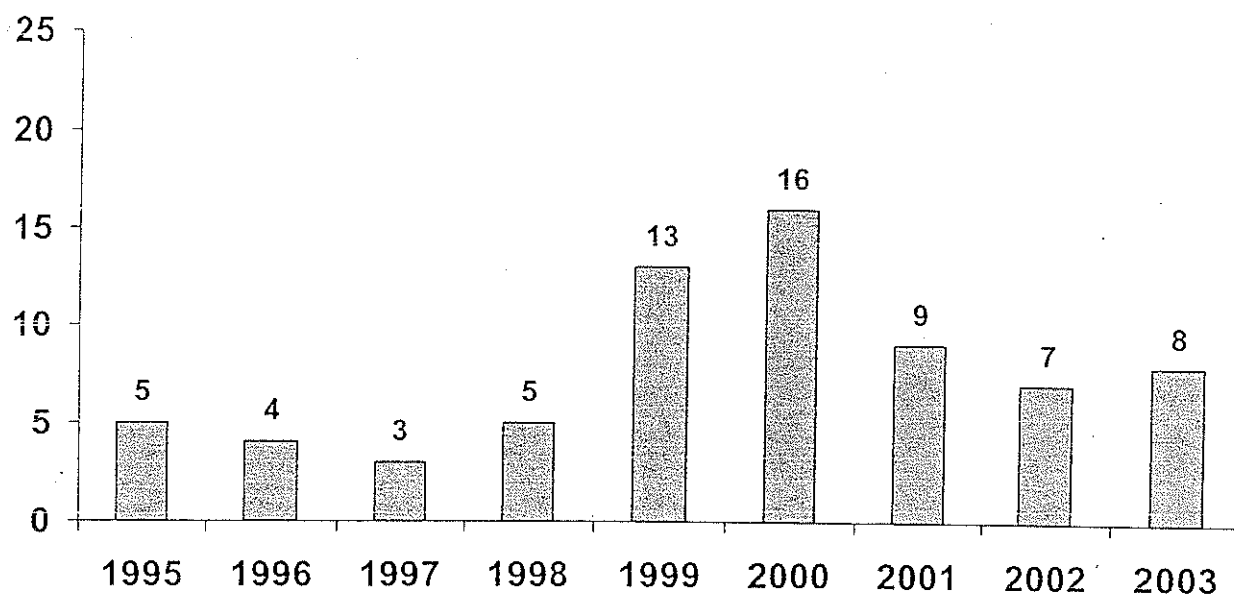
Expedientes de autorizaciones singulares resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia (1995 2003)



Fuente: Memoria del Tribunal de Defensa de la Competencia 2003

ANEXO N 4

Expedientes de concentraciones económicas resueltos por el Tribunal de Defensa de la Competencia (1995-2003)



Fuente: Memoria del Tribunal de Defensa de la Competencia 2003

ANEXO N 5

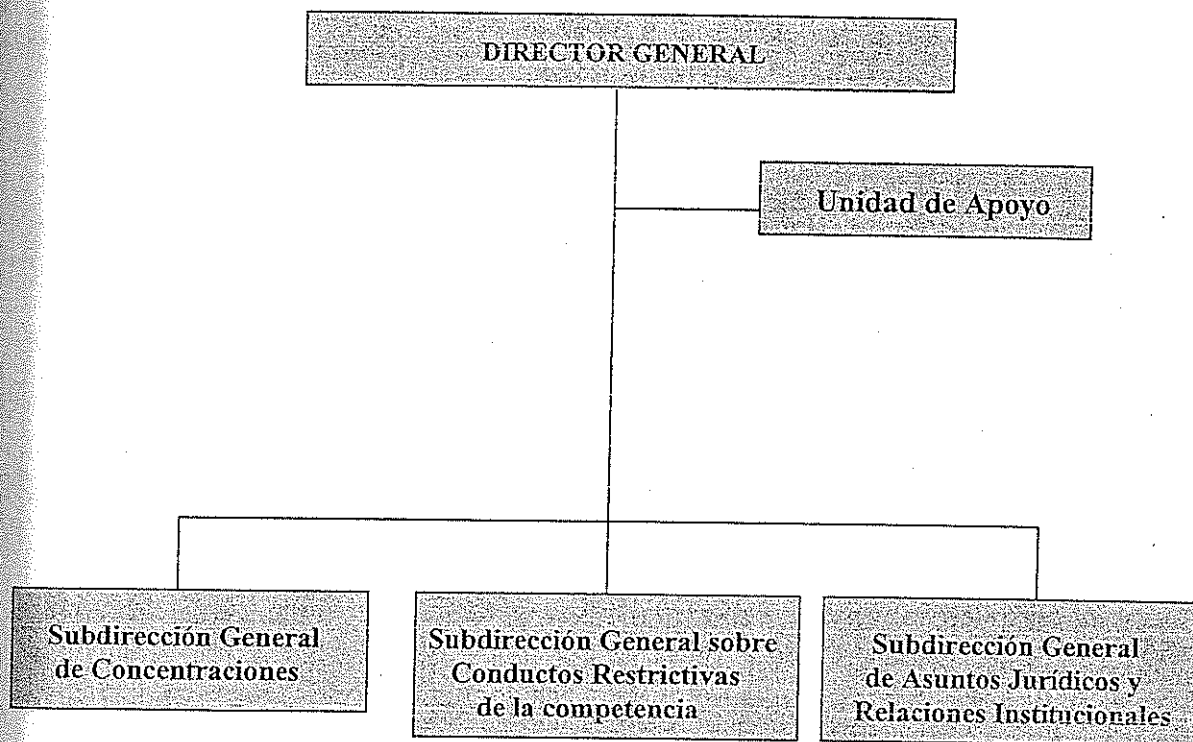
RECURSOS PRESUPUESTARIOS DEL TDC (1996-2003) (Miles de euros)

Capítulo	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Personal (Cap. I)	1.062,0	1.120,0	1.131,7	1.121,5	1.177,4	1.191,1	1.345,0	3.124,2
Funcionamiento (Cap. II)	189,3	189,3	185,1	185,1	214,0	478,4	850,2	1.306,2
Inversiones (Cap. VI)	39,1	72,1	48,1	48,1	48,1	48,1	90,1	187,5
TOTAL	1.290,4	1.381,4	1.364,9	1.354,7	1.439,5	1.717,6	2.285,3	4.617,9

Fuente: Memoria del Tribunal de Defensa de la Competencia 2003

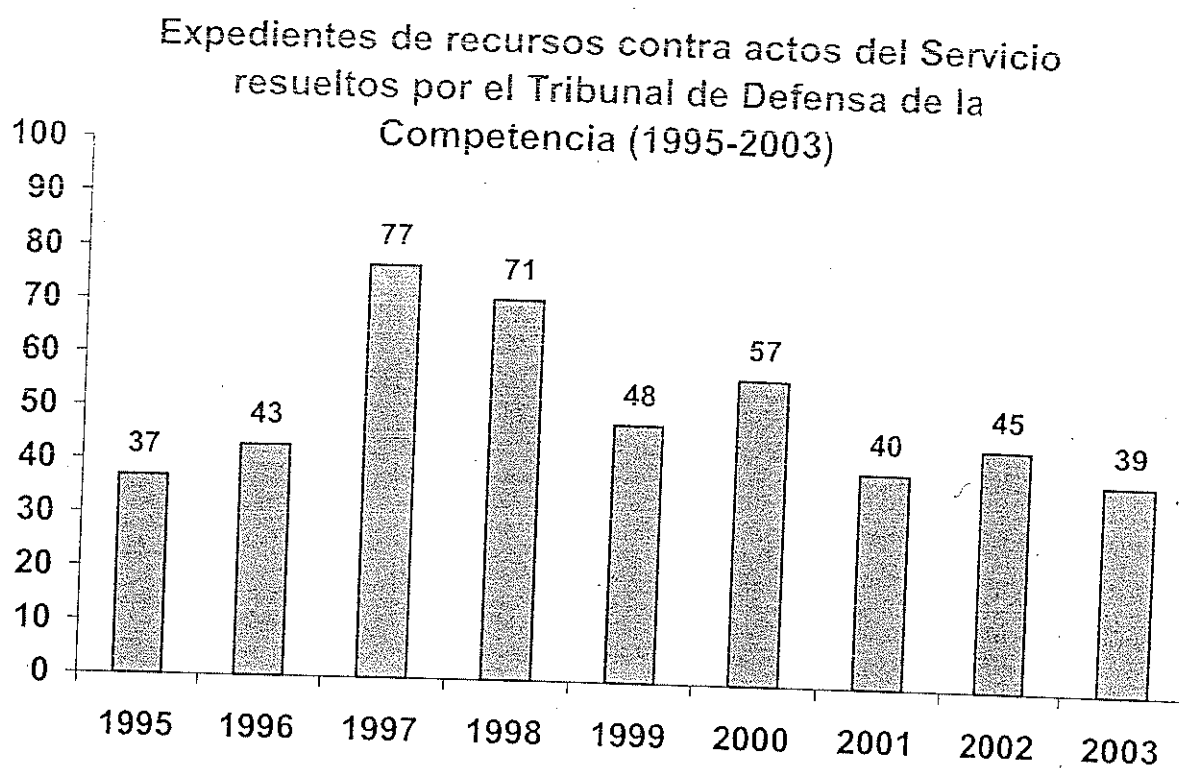
ANEXO N° 6

ORGANIGRAMA DEL SDC



Fuente: Memoria del Servicio de Defensa de la Competencia 2003

ANEXO N 7



Fuente: Memoria del Tribunal de Defensa de la Competencia 2003

CAPÍTULO CUARTO: LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE BULGARIA

I. GÉNESIS DE LA CDC.

1. Introducción y presentación socio-económica de Bulgaria.

Considero que es conveniente empezar la breve descripción de la autoridad de defensa de la competencia de Bulgaria con una introducción a la situación actual del mercado de este país (pues la defensa de la competencia siempre opera en un mercado determinado) y explicar los antecedentes de esta situación (siempre teniendo en cuenta que la transición incluye matices de índole económica, pero también política y social), con objetivo de exponer las razones de la creación de la Comisión de Defensa de la Competencia de Bulgaria, en adelante, la CDC. Además, respetando las diferencias, la situación del mercado en Bulgaria y sus cambios estructurales se puede ofrecer como ejemplo para hacer paralelismos con los mercados y las instituciones antitrust de los demás países – antiguos miembros del Consejo de Ayuda Económica Mutua.

Bulgaria está situada al Sureste de Europa, en el extremo oriental de los Balcanes, donde mantiene fronteras con Serbia, la Republica de Macedonia, Grecia, Turquía, Rumanía (la frontera norte con Rumanía sigue el curso del río Danubio) y al Este limita con el Mar Negro. El país tiene una extensión geográfica de 110. 993,6 km cuadrados y una población, que según datos del año 2000 supera 7 900 000 de habitantes (desde el año 2000 no se ha hecho un recuento oficial, pero según las últimas estadísticas este número se ha reducido considerablemente por el decrecimiento de la población y las migraciones).

Los procesos de transformación del mercado de cara a la adhesión a la Unión Europea han determinado el paso de la economía planificada a una economía dinámica que tiende al equilibrio, en cuyo producto interior bruto el sector industrial presenta una participación de 30 %, el sector agrícola¹- 10,9%, los servicios- 59,1%². En la industria

¹ 2/3 partes del suelo del país están dedicadas al cultivo de cereales (trigo, maíz, cebada, centeno) y cultivos industriales (tabaco, algodón y girasol).

² Ver www.worldbank.org , www.proquest.com , www.imf.org, www.bnb.bg , www.deutsche-bank.de , www.europa.eu.int/comm/eurostat ; Sobre la estructura del PIB se puede consultar el estudio de Totev, S.

destaca la siderurgia, las plantas de productos químicos y el textil; los sectores más rentables de la industria para el año 2005 son la construcción, la siderurgia y el textil. El país carece casi por completo de petróleo, lo que condiciona su dependencia exterior en materia energética y este sigue siendo un grave problema para la economía búlgara. Dentro del sector servicios las principales aportaciones al PIB corresponden al turismo, transporte, comunicaciones, comercio y servicios financieros. El turismo, con cifras de visitantes que han incrementado considerablemente en los últimos cinco años (cada año se superan las cifras anteriores en cuanto la facturación y el número de visitantes), es un sector prioritario de inversión³. El transporte es un sector particularmente importante por la localización geográfica del país (cinco de 10 corredores transeuropeos atraviesan el territorio de Bulgaria)⁴.

El PIB para el primer trimestre de 2005 se ha incrementado con 6% y su valor nominal es de 26, 9 millares de dólares para el 2005 (frente a 24,1, 19,9, 15,6, 13,6 millares de dólares para los años 2004, 2003, 2002 y 2001 respectivamente); el PIB per cápita es 3476\$ para el 2005 (frente a 3101\$, 2538\$, 1978\$ y 1718\$ para los años 2004, 2003, 2002 y 2001 respectivamente)⁵, cifras que están lejos de los indicadores de los países de UE-25: el producto bruto per cápita en Bulgaria es 31% del nivel de UE-25 y 27% del nivel de la UE-15⁶.

El crecimiento del PIB es impulsado por la expansión de la actividad crediticia, la industria y el turismo.⁷ La inflación es 3% (2005) frente a 10.4% en 2000, 5.9% en 2002 y 5.6% en 2003⁸ respectivamente.

En lo que se refiere al mercado de trabajo, la tasa de paro se ha reducido de 17.3 % el año 2001 a 11% el 2005 (que es la tasa más baja de paro desde que se hacen los

“Economic Performance and Structure of SouthEastern European Countries- Albania, Bulgaria, Macedonia and Greece”, Eastern Europe Economics, nov/dec.2002, vol.40. Iss.6, p.51.

³ Bulgaria tiene una oferta muy variada de turismo- playas y estaciones de esquí, posibilidades de realizar turismo cultural, ecológico, de salud y balnearios, deportivo, de caza y rural. No obstante, el sector requiere más inversiones para adaptarse a las exigencias de los turistas: algunos de los principales operadores centroeuropeos (TUI, Neckermann) han invertido en instalaciones turísticas en el Mar Negro.

⁴ www.icex.es.

⁵ www.minfin.bg; www.bnb.bg , www.deutschebank.de , ver asimismo www.nato.int/docu/review:www.icex.es/servicios/documentación , las revistas “Economía de Bulgaria”, dos ediciones el año 2005; los informes anuales sobre el estado de la economía búlgara (1991- 2004), disponibles en www.aeaf.minfin.bg; los Análisis Conyunturales (octubre 1991- diciembre 2004); Avramov, R. y Antonov, V. “La transformación”, 1994, disponibles en el citado sitio web.

⁶ Petrov, G., “Trud”, 24 de octubre de 2005.

⁷ www.minfin.bg .

⁸ Nenova, M. y Canavese, A. “Comportamiento de las empresas públicas e inflación”, 1996, disp. en www.minfin.bg.

análisis del desempleo en Bulgaria)⁹. La caída del paro se debe sobre todo al programa de empleo temporal del Estado, así como a la mayor absorción del sector privado¹⁰.

La política monetaria de Bulgaria está basada en “Currency Board”¹¹, un sistema de autoregulación financiera y económica con tres características básicas: la emisión de la moneda está legalmente ligada a las reservas exteriores del Banco Central y el tipo de cambio se fija del modo siguiente: 1BGN es equivalente a 0.51 euros; el Banco Central no puede actuar como prestamista al Gobierno ni como prestamista de última instancia al sector bancario; el Banco Central no puede extender créditos a instituciones públicas o empresas públicas. Economistas búlgaros como Manchev y Petrov¹² opinan que dicho sistema es eficaz para economías en transición. En particular, Manchev considera que los resultados del Currency Board son la estabilidad macroeconómica y el crecimiento económico, la reducción de la inflación, el bajo déficit fiscal, la caída del paro, el establecimiento de un sistema financiero transparente, un mercado creciente de capitales y aumento de las inversiones¹³. La entrada de Bulgaria en la Unión Económica y Monetaria está prevista para el año 2010.

Como resultado de la política monetaria restrictiva¹⁴, el presupuesto ha empezado el año 2005 con exceso y este exceso se ha utilizado para el pago anticipado de una parte de la deuda externa¹⁵.

⁹ Dimitrov, L. “El desempleo en Bulgaria: 1991- 1993”(1994); Bursazki, S. “La ocupación y el desempleo en el proceso de estabilización”(1992); Nenova- Amar, M. y Radeva, E. “Dinámica del salario y ocupación”, disponibles en www.minfin.bg.

¹⁰ Ver Conings, J. “Job Creation, Job Destruction and Employment Growth in Newly Established Firms in Transition Countries: Survey Evidence from Romania, Bulgaria and Hungary”, J. of Comparative Economy, vol.26, sept.1998, pp.429- 445; ver además Jones, D. “The Bulgarian Labor Market in Transition”, 130Int’l Lab.Rev.211(1991); “Democratization and Women’s Employment Policy in Post-Communist Bulgaria”, 12 Comm.J.Int’l L.9(1996-1997).

¹¹ www.wto.org ; Chukalev, G. “La inflación en Bulgaria después del Currency Board. Análisis de los factores”, 2000, disponible en www.aeaf.minfin.bg , se puede ver asimismo www.novinite.com : Bulgaria’s Financial Policy Presented to EBRD President, 10 10.2005; Petrov, G. “Trud” de 24 de octubre de 2005.

¹² Petrov, G. “Trud” de 24 de octubre de 2005.

¹³ Manchev, Ts. “Presentation”, Adam Smith Seminar “2005 and Beyond: World Economic Prospects”, 28- 29.06.2004, Thun, Swiza disponible en www.bnb.bg , se puede ver el mismo autor “Financial Sector in the European Union Accession Process”, Conference, 09-11.02.22005, Plovdiv, disponible en www.bnb.bg y Iskrov, I. “Remarks” by the Governor of Bulgarian National Bank at the American Chamber of Commerce Meeting, 20 de enero de 2004, Sofia, www.bnb.bg .

¹⁴ Sobre la política fiscal búlgara es importante el aporte del libro de Nenova- Amar, M. con el nombre- “La política fiscal”, disponible en www.minfin.bg.

¹⁵ En noviembre de 2004 la deuda externa total ha ascendido a 12.106,2 millones de euros, de los cuales 6.466 millones de euros son deuda del Estado, lo cual supone una reducción frente a 2003, debido a la recompra de bonos Brady por el Estado. La estructura de la deuda externa es favorable, siendo la práctica totalidad deuda reestructurada o deuda a instituciones multilaterales.

El desarrollo dinámico del país se refleja en la tasa de crecimiento, que para el año 2005 es 5,8%(frente a 2.5% para el 1999 y 4.8% para el 2002)¹⁶.En sus análisis el Banco Mundial ha destacado, que Bulgaria es uno de los países con crecimiento más rápido de los países, antiguos miembros del Consejo de Ayuda Económica Mútua.¹⁷

Los factores económicos demuestran que el desarrollo de la economía búlgara es estable.Bulgaria es un mercado pequeño y abierto, lo que define su dependencia de factores externos: factores externos económicos son por ejemplo en los últimos años la caída del dólar o el incremento de los precios del petróleo¹⁸.

2. La transición del comunismo a la economía de mercado.

Durante la Guerra Fría Bulgaria ha sido uno de los países “favorecidos” del Consejo de Ayuda Económica Mutua, siguiendo estrictamente los postulados de la economía planificada, establecidos por los ideólogos de la antigua URSS(a diferencia de otros países como Hungría o Yugoslavia); su PIB se formaba por ingresos de los sectores agrícola, el turismo y la industria farmacéutica, la ingeniería, los productos de altas tecnologías¹⁹, la industria ligera y agroalimenticia.Importaba sobre todo equipamiento industrial y petróleo; exportaba para los demás miembros del Consejo de Ayuda Económica Mútua productos de la industria electrónica, de la ingeniería técnica y militar, ha sido uno de los mayores exportadores de productos farmacéuticos de los antiguos países socialistas e importante destino turístico para Rusia y los mismos países.En la actualidad todo esto condiciona la dependencia a largo plazo del comercio exterior del país de factores externos: se trata de una pérdida de mercados y el deterioro del mercado nacional.

¹⁶ Ver www.minfin.bg; www.bnb.bg , www.wto.org , www.europa.eu.int/comm/eurostat , U.S. Dept. of State: www.state.gov/r/pa; Embajada de España en Sofía “Guía de inversiones- 2005”, disponible en www.icex.es/staticFiles .

¹⁷ Ver www.worldbank.org/dvdata , en el mismo sentido Trade Policy Review, 15 y 17 de octubre de 2003, elaborado por los miembros del Cuerpo de Revisión del Comercio de la OMC, que reconocen en dicho informe las significantes reformas estructurales y macroeconómicas después de 1996- 1997.Se enfatiza que el objetivo de ingresar en la UE ha contribuido al desarrollo del país: en www.wto.org, asimismo se puede consultar el artículo de Dutz, M. y Vagliasindi, M. “Competition Policy Implementations in Transition Economies: an Empirical Assesment” (en la página web del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo- www.ebrd.com).

¹⁸ Como es sabido la caída del dólar tiene impacto sobre toda la zona-Euro y los países de la UE son los principales importadores y exportadores de Bulgaria, mientras que el crecimiento de los precios del petróleo tiene efecto directo negativo sobre la inflación, así como sobre el déficit presupuestario.

¹⁹ Sobre la especialización de Bulgaria en productos de la high- tech en el marco del Consejo de Ayuda Económica Mútua antes de 1990 ver Chobanova, R. “Information Society Development in Bulgaria”, ed.Bulgarian Academy of Sciences, Sofia, 2003, pp.17-18.

Es fundamental destacar que en la época del régimen socialista no existían empresas privadas – todas las empresas eran públicas, con características de la Administración del Estado²⁰.

Los primeros pasos hacia el libre mercado empezaron antes de las grandes reformas, introducidas por Gorbachov: se trata de una evolución, a mi juicio fruto de coordinación de factores internos y externos, generados por la dinámica del mercado global e interno. En este mercado global se integraban, poco a poco, aun no reconociéndolo, los países socialistas- una inevitable consecuencia de la evolución. Más tarde las consecuencias de esta integración internacional de los mercados se iban a experimentar asimismo por los países al otro lado del Muro de Berlín, pero con otros efectos: tanto positivos, como negativos (entre los negativos se pueden destacar el crecimiento de la delincuencia, especialmente del crimen organizado y el terrorismo). Creo que el aspecto positivo de esta internacionalización es el intercambio y establecimiento de modelos de organización y producción, de organización institucional, el avance tecnológico y de las ideas sobre las políticas públicas, así como el desafío de redefinir por completo las relaciones entre los países a nivel europeo²¹ (se superó definitivamente la división de Europa) y a nivel global. Una importante consecuencia a nivel global es el desarrollo de la así llamada sociedad de la información que tarde o temprano dará un gran paso adelante (eliminando así la mayor parte de los efectos negativos), porque la otra perspectiva es la extinción humana.

Así, volviendo al caso de Bulgaria, cabe destacar que en los años -80 ha sido adoptado un acto – clave para el “refuerzo de la economía del país” – el Decreto N 35 del Consejo de Ministros de 5 de junio de 1987 (BOE N 48 de 23 de junio de 1987) que fue un acto básico para impulsar el desarrollo de un mercado real. Con este Decreto se permitía el desarrollo de la actividad económica por personas privadas. En los años – 90, durante el mandato de Gorbachov se hizo un cambio en el régimen de las empresas públicas que pasaron a ser sociedades limitadas o anónimas unipersonales, cuyo propietario era el Estado, sin cambios en los equipos directivos de estas empresas, fieles al régimen comunista.

El año 1991 se ha aprobado la primera Ley de Defensa de la Competencia de Bulgaria (BOE N 39 de 1991, derogada), cuyo objetivo era “asegurar las condiciones

²⁰ La Administración del Estado se dividía en administración Funcional y Sectorial. La Administración sectorial se encargaba de la planificación y desarrollo de la actividad económica.

para la libertad de la iniciativa en la industria, el comercio y los servicios, para la libre formación de precios y la defensa de los intereses de los consumidores”(art.1)²².Con la misma Ley se creó la Comisión de Defensa de la Competencia de Bulgaria como una autoridad independiente, aunque esta autoridad no pudo desarrollar una actividad efectiva de defensa de la competencia durante el período de transición²³ sobre todo por causa de su insuficiente respaldo normativo y por actuaciones de grupos de intereses.A pesar de esto, dicha Ley fue la base de la creación de la Ley de Defensa de la Competencia del año 1998 y de la creación de la posterior Comisión de Defensa de la Competencia de Bulgaria.

En Bulgaria no ha habido un cambio drástico en el sistema político y económico (como por ejemplo el cambio del régimen de Ceausescu en Rumanía): cambios drásticos en el rumbo político, altos niveles de inflación, despidos masivos..., sino una transformación lenta y en principio, poco efectiva, hacia el libre mercado.En este contexto conviene citar la tesis del historiador búlgaro D.Draganov²⁴ de que existen tres modelos alternativos de transición política (yo añadiría: basada en los cambios económicos estructurales a escala internacional) en el Este de Europa:

- el checo, caracterizado porque el régimen no tiene una percepción suficiente de la crisis en la economía y en la sociedad y el cambio se produce de una manera traumática,
- el alemán, en el que el régimen sí percibe la necesidad de cambio y da algunos pasos hacia este cambio, pero se ve desbordado por la evolución que va más deprisa,
- el ruso y el búlgaro²⁵, en el que el régimen, consciente de la transcendencia de los acontecimientos por sí mismo cambia y produce una transformación todo lo pacífica que se puede exigir de las circunstancias;

²¹ Ver www.auswaertiges-amt.de/www/es.

²² Un análisis detallado del anteproyecto de esta ley se puede leer en Fox, E. “Competition Policy and Eastern Europe: the Bulgarian Project as a Case Study”, 60 Antitrust L.J.243(1991- 1992).

²³ Sobre la actividad de la anterior CDC(antes del año 1998) ver Hoekman, B. y Djankov, S. “Competition Law in Bulgaria after Central Planning”, Antitrust Bulletin, New York, spring, 2000, vol.45, Iss.1 ; Rowles, D. y Popov, Ch. “Bulgaria”, East Eur. B. Law, London, Aug., 1995, p.2.

²⁴ Ver Draganov, D. “La transición búlgara hacia la democracia” en Girón, J.(ed.) “La transición democrática en el centro y este de Europa”, Tomo II, ed.Univ. de Oviedo, 1997.

²⁵ Es interesante el análisis de la politóloga Baeva, I. “La transition bulgare 1989- 1995 dans le contexte historique”, Revue d’Europe Centrale, 1996, explicando los aspectos socio-culturales de la transición en los países del Este, citado asimismo por Roblizo, M. “Bulgaria...”, op.cit., p.49: según esta autora la transición de Bulgaria se inscribe en la transición más general de Europa del Este, pero a la vez posee sus propias peculiaridades, debido a varias características regionales.En palabras de Baeva existen tres grupos

Politólogos como Dimitrov, Diulgerova, Kolarova y Marcov²⁶ afirman que la caída del régimen en Bulgaria estuvo más bien determinada por las condiciones políticas que por la situación interior en el propio país²⁷. La iniciativa del cambio del régimen el 10 de noviembre de 1989 provenía desde el propio Partido Comunista²⁸, siendo los promotores de dicho cambio las personas del entorno más cercano del Primer Ministro y Secretario del Partido Comunista Zhivkov: se ha puesto en marcha un modelo de reformas, que debería garantizar al mismo partido el monopolio del poder, amenazado por la evolución a escala internacional, a cambio de un precio alto, pero soportable: la reforma interna del partido. Esta reforma a nivel político, como he apuntado anteriormente, ha sido precedida por un intento de reformas económicas, un intento de evolución hacia una especie de mercado, que no se han podido realizar de una manera efectiva.

La lentitud y escasez de las reformas durante los primeros años de transición hacia el libre mercado- 1991- 1997- se debía a que Bulgaria ha sido uno de los países que más problemas económicos ha tenido al tiempo de desligar su economía de la antigua URSS. A este retrato del país en el período de transformación contribuyeron otros factores, como la deuda externa y el proceso lento de privatizaciones, asimismo la

de cosmovisión: centroeuropea, balcánica y rusa con las siguientes peculiaridades, que dejan tanto su marca sobre el tipo del régimen y la reacción de resistencia ante el mismo, como asimismo sobre la transición hacia la democracia, determinando el punto de partida más favorable y la velocidad más alta de las reformas de los países de la Europa Central- La República Checa, Hungría y en menor grado Polonia en comparación con los países balcánicos. Aunque considero que en dicho proceso influyen asimismo otros factores de índole económica y política, coincido con Baeva al afirmar, que existen tres grupos de diferencias entre estas tres zonas geográficas:

- las relaciones entre el individuo y la comunidad: cuanto más al Este, predomina más la comunidad sobre el individuo,
- en cuanto al papel del Estado, cuanto más al Este, mas grande la importancia del Estado; yo añadiría, además: más grande la distancia entre el ciudadano y las autoridades administrativas,
- no hay que olvidar la diferencia, que proviene de las religiones: la diferente presencia social del catolicismo, el protestantismo y el cristianismo ortodoxo, en los Balcanes asimismo el Islam. Creo que no hay que restar importancia a la influencia de las creencias religiosas sobre las reformas económicas y políticas en la zona de los Balcanes. No hay que olvidar que el factor económico no es la medida absoluta para el desarrollo de todas las sociedades, incluso existen sistemas sociales y religiosos que se desarrollan miles de años, tomando como base otros valores (por ej. los sistemas religiosos e incluso político-religiosos de Tibet).

²⁶ Cit. por Roblizo, M. "Bulgaria- cambio social y transición a la democracia", ed. Catarata, Madrid, 2001, p.48.

²⁷ Desde el punto de vista sociológico, véase Kuran, T. "Legitimation from the Top to Civil Society: Political- Cultural Change in Eastern Europe", World Politics, vol.44, Nº1, 1991. Es importante apuntar, que en opinión de varios sociólogos, las reformas en Bulgaria, a diferencia de países como la antigua República Democrática Alemana, no surgieron con base en un amplio descontento social del régimen, sino los factores políticos han dado origen de estos cambios. Estos factores políticos se enmarcan (en mi opinión) en gran medida en la distribución de poderes económicos a escala internacional.

²⁸ Ver Roblizo, M. "Bulgaria...", op.cit., pp.43-81, que analiza todo el proceso de transición política y Paplomatas, V. "Introducción" al mismo libro, pp.12-13.

pérdida de mano de obra cualificada. Además, este período transitorio requería reestructuración macro- y microeconómica extensiva, incluida la liberalización de precios y del comercio interior, la estabilización de la inflación (tal término era desconocido para la economía socialista), el inevitable déficit presupuestario (tampoco existía déficit en el presupuesto socialista), la estabilización del desempleo surgido después de la caída del régimen, la introducción de intereses e intercambios reales, la reducción de la deuda externa, la privatización de empresas públicas y la liberalización del comercio y sobre todo, la organización del marco legal e institucional de la economía de mercado. Las características principales de la economía de aquel entonces eran la inestabilidad macro- y microeconómica, la inflación, el incremento del déficit presupuestario (porque el Estado asumió las pérdidas de las empresas públicas, que seguían funcionando en base a subsidios del Estado), las lentas reformas legislativas e institucionales y la escasez de las privatizaciones. La deuda externa creció considerablemente. A esto hay que añadir algunos importantes factores externos que afectaron la economía del país: la pérdida de mercados tradicionales, la crisis financiera en Rusia, las guerras en el Golfo y sobre todo, los conflictos bélicos en la antigua Yugoslavia, que impidieron crear una estable unión económica en los Balcanes, sino al contrario, se rompieron vínculos económicos tradicionales entre los países en la zona (el cierre de la frontera con Serbia como consecuencia del embargo internacional supuso importantes pérdidas, no solamente por el cese de las transacciones con los países de la antigua Yugoslavia, sino también por el corte de las vías de tránsito hacia el Occidente; a esto hay que añadir el efecto de “parálisis” de la actividad económica por la inseguridad de la guerra “a las puertas del país”- la capital de Bulgaria, Sofía, está aproximadamente a 400 kilómetros de Belgrado, que fue bombardeado por las tropas aliadas).

Durante la transformación, orientada a sustituir el sistema de planificación centralizada con el libre mercado²⁹, se crearon varios desequilibrios por la aparición de

²⁹ En general sobre el período de transformación en Bulgaria, se pueden consultar: Zloch, C. “Bulgaria in a Time of Change: Economic and Political Dimensions”, ed. Adershot, Hants, England, 1996; la obra colectiva de Bell, J. “Bulgaria in Transition: Politics, Economics, Society and Culture after Communism”, ed. Westview Press, 1998; Sobre el contexto político- económico en los Balcanes ver Sjoberg, O. y Wyman, M. “Economic Change in the Balkan States”, ed. St. Martin’s Press, New York, 1991 y dos interesantes estudios recientes- World Bank (asimismo es de gran interés el anterior estudio del Banco Mundial sobre Bulgaria: “Bulgaria- Crisis and Transition to Market Economy”, agosto 1991, que se refiere al período inicial de las reformas), “Bulgaria- Public Expenditure Issues and Directions for Reform”, ed. World Bank, Washington D.C., 2003 y Giadzidis, E. “An Introduction to Post- Communist Bulgaria: Political, Economic and Social Transformation”, ed. Manchester University Press, 2002. Además: “Bulgaria: the

intereses distintos y contradictorios, incluso entre los grupos que estaban a favor del libre mercado. De este modo se han podido distinguir los siguientes grupos³⁰, que han condicionado la creación y el funcionamiento del mercado, el funcionamiento de las instituciones y la creación de nuevas instituciones:

A. El grupo de “fieles al régimen comunista”, que han sobrevivido a las reformas estructurales, contando con capitales, transferidos anteriormente por el Partido Comunista; se trata de una gran parte de la antigua burocracia, conociendo el funcionamiento de la “maquinaria estatal” y disponiendo de información sobre el mercado y las instituciones, con vínculos fuertes en el extranjero (sobre todo con grupos, procedentes de países de la antigua URSS).

B. Algunos de los que han promovido las reformas, beneficiándose de sus ventajas económicas (por medio de las privatizaciones o la contratación de la deuda externa del Estado, etc...). En el principio este grupo contaba con el amplio apoyo de los ciudadanos, pero poco a poco se ha convertido en una fracción, un “grupo de élite”, desligándose de las fuerzas, que al principio han dado su origen (las fuerzas vitales de la sociedad, ansiosa de reformas en todos los ámbitos), negociando con los demás grupos y adquiriendo importante poder económico y político.

C. Quizá el grupo más importante – los lobbies, los grupos de intereses occidentales, las grandes corporaciones transnacionales³¹ que han ido extendiendo su

Impact of Reforms”, 3 Int’l Ref.L.288(1991); Alexandrov, S. y Petkov, L. “Paving the Way for Bulgaria’s Accession to EU”, 21 Fordham Int’l L. J.587(1997- 1998); Friedberg, J. y Zaimov, B. “Politics, Environment and the Rule of Law in Bulgaria”, 4 Duke J.Comp.&Int’l L.225(1993- 1994); Gray, Ch. Y Yanachkov, P. “Bulgaria’s Evolving Legal Framework for Private Sector Development”, 27 Int’l L.1091(1993); Kaslow, A. “Eastern Europe One Year Later: Massive Economic Transformance Now Under Way”, Europe, Washington, nov.1990, p.6.; asimismo son de gran interes los artículos de Pohl, C. y Djankov, S. “Restructuring Large Industrial Firms in Central and Eastern Europe: an Empirical Analysis”, 1996, editado por el Banco Mundial, disponible en www.econpapers.repec.org/paper/fthwobate y “Trade Reorientation and Productivity Growth in Bulgaria Enterprises”, 1999, edición del Banco Mundial y disponible en www.econpapers.repec.org/paper/fbwbrwps.

³⁰ He encontrado un análisis y clasificación parecidos en Flores, G. y Luengo, F. “El desafío de la ampliación hacia el este de la UE”, Economía Industrial, n 344, p.15 – 30; Sobre los grupos de intereses una visión similar en Stanchev, K. “Plunder and Informality in the Bulgarian Economy” en Dainov, E. y Panheva, M. “The Gray Economy In Bulgaria: reasons, consequences, policies”, ed. Centre for Social Practices, Sofia, 2002, pp.136-137.

³¹ Se sostiene, que la ampliación de Europa sirve exclusivamente a los intereses corporativos(ver nota anterior), porque mediante la expansión de las empresas transnacionales al Este:

- se aumenta la cuota de mercado para los productos de estas empresas
- se abren nuevos canales de suministro
- la actividad de la empresa se hace más efectiva por medio de acuerdos de subcontratación
- se obtiene una balanza comercial excedentaria
- se accede a una fuerza de trabajo barata y cualificada
- se controlan más activos y recursos estratégicos

influencia, en base a las aspiraciones de los gobiernos de los países del Este a organizaciones internacionales y a la UE. Se trata de un grupo de creciente importancia sobre todo después de la ruptura de varios vínculos económicos regionales, después de los conflictos bélicos en Yugoslavia que bloquearon la posibilidad de creación de una unión político – económica en los Balcanes.

Estos tres grupos principales actuaban, combinando sus fuerzas de capitales e información, creando un mercado desequilibrado y convirtiéndolo en una zona “gris” donde constantemente se creaban y desaparecían empresas, no se utilizaban adecuadamente los recursos, se creaba inseguridad económica y jurídica, conforme a los intereses de grupos. Y en este entorno asimétrico empezaron a aparecer o manifestaron su presencia anterior varios centros de poder económico.

En la situación descrita anteriormente el 8 de mayo de 1998 se aprobó la nueva LDC de Bulgaria y se creó la Comisión de Defensa de la Competencia de Bulgaria. El fundamento jurídico de esta ley lo constituye el art.19 de la Constitución de la República de Bulgaria, según el cual “la economía de la República de Bulgaria está basada en la libre iniciativa empresarial”. Más adelante, en el mismo artículo se establece que la ley crea y garantiza un trato igual en las condiciones legales para desarrollar una actividad económica, asegurando la prevención del abuso de posición dominante, la competencia desleal y protege al consumidor.

3. El proceso de adhesión a la Unión Europea.

Se puede afirmar que **desde el año 1998 hasta hoy día** se han producido importantes cambios positivos en el mercado, tendiendo a la seguridad – económica y jurídica – frente al ingreso en la UE³² con la activa participación de las instituciones de Bulgaria entre las que ocupa un lugar importante la CDC.

-
- se consigue repatriación de beneficios por las empresas transnacionales que operan en estos mercados
 - se rentabilizan los excedentes financieros
 - toma de posición en el mercado inmobiliario (que todavía mantiene precios relativamente bajos)
 - se incrementan los ingresos fiscales

³² Después de la pérdida de otras perspectivas, para los países balcánicos quedó como alternativa la adhesión a la UE, incluso desde el punto de vista de crear un marco de seguridad y estabilidad frente a más “balcanización” e inseguridad económica y política en esta cruce o medio camino entre dos culturas y religiones, que representan los Balcanes. Por otro lado, la UE establece entre las prioridades de su política la estabilización de los Balcanes como factor para su propia seguridad. Así, después de la ampliación en el 2007 Bulgaria será la última frontera exterior de la UE al Oriente, además de la vía terrestre más utilizada de comunicación entre Europa y Asia, una importante zona de máxima seguridad frente a los crecientes desequilibrios entre dichas dos culturas y religiones a escala global.

La Comisión(CE), en sus informes, ha destacado, que Bulgaria ha establecido una estrategia económica, que refleja los progresos realizados en la reforma.El programa económico a medio plazo, establecido por la Asociación para la Adhesión³³, se ha llevado a cabo con éxito y se ha logrado una estabilidad económica general.Se han abierto buenas perspectivas en cuanto al crecimiento económico, el control de la inflación, la reducción de la deuda pública, el aumento de las inversiones extranjeras³⁴ e internas.Se enfatiza que la liberalización del comercio y de los precios ha progresado, pero es necesario seguir trabajando para promover la competitividad, mediante la reestructuración de empresas, mejorar el entorno económico y estimular las inversiones externas e internas, simplificar los procedimientos jurídicos y administrativos y reforzar las instituciones de vigilancia del mercado.Se resume que Bulgaria es estable macrofinancieramente³⁵.En su informe de 2004³⁶, la Comisión reiteró su

³³ La Asociación para la Adhesión se creó el marzo de 1998(última revisión en mayo de 2003) con objetivo de integrar en un marco jurídico único las áreas prioritarias de trabajo, definidas en el Informe Periódico de la Comisión sobre los progresos, realizados en Bulgaria con vistas a la adhesión.La Asociación ha servido de punto de partida para reforzar la capacidad institucional de Bulgaria(incluida la CDC).La Asociación constituye el soporte de una serie de instrumentos, destinados a apoyar el esfuerzo de los países candidatos en su proceso de adhesión.Estos instrumentos incluyen, entre otras cosas, un Programa Nacional de Adopción del Acervo y la evaluación conjunta de las prioridades a medio plazo de la política económica.

³⁴ Es importante apuntar, que los países- principales inversores en Bulgaria son Austria y Grecia, seguidos por Alemania, Italia y Suiza(Agencia Búlgara de Inversiones Extranjeras- www.bfia.org y www.invest.bg.government.bg).Sobre la política de inversiones extranjeras en Bulgaria se pueden ver Kamenova, Ts. “The Investment Programme of the Bulgarian Government” , Vassilev, J. “Foreign Investment as a Renovation Factor for Bulgarian Economy” y Descamps, O., EBRD“Coment” en “Factors for Economic Growth in Bulgaria”, Conference, Sofia, 25.01.1999, ed.Center for Economic Development, Sofia, 1999.

³⁵ Se puede realizar un estudio comparativo de las posturas de la Comisión durante los años de transición hacia el libre mercado(en política de competencia y en general), para constatar el avance de las reformas en Bulgaria, en nuestro caso, en el área de la competencia.Un cuadro semejante presentan los factores de referencia para los países centroeuropeos, antiguos miembros del Consejo de Ayuda Económica Mútua durante el período de las reformas:

Ver Decisión del Consejo de 30.03.1998(DO L 121 de 23.04.1998); Dictamen de la Comisión COM(97)2008final: en lo concerniente a la defensa de la competencia, en el Dictamen la Comisión considera que a lo que se refiere a los acuerdos entre empresas, en Bulgaria se han realizado progresos institucionales y legislativos.Sin embargo, la puesta en práctica, la aplicación concreta y el control exigían reformas adicionales regulares.Se consideraban más modestos los progresos en materia de ayudas estatales, en particular por lo que se refiere a la transparencia en la concesión y la creación de una autoridad de control que funcione correctamente.

Informe de la Comisión COM(97)2008final;Informe de la Comisión COM(98)707final: en cuanto la defensa de la competencia estos dos informes tomaron nota de los progresos en la aplicación del derecho antitrust, pero insistieron también en la necesidad de realizar un esfuerzo adicional por lo que respecta a la vigilancia de las ayudas estatales.

Informe de la Comisión COM(99)501final: en lo concerniente a la defensa de la competencia se constata, que Bulgaria ha cumplido en parte las prioridades de la Asociación- eran necesarios esfuerzos suplementarios en materia de control de ayudas estatales.

Informe de la Comisión COM(2000)701final: este informe observaba algunos progresos en materia antimonopolio gracias a la reorganización de la CDC.Por el contrario, los resultados en materia de ayudas estatales seguían siendo insuficientes.

reconocimiento de Bulgaria como una economía de mercado funcional con capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas de mercado dentro de la UE y constató el avance de las reformas estructurales, particularmente en cuanto al papel creciente del sector privado, la reducción de las ayudas estatales y el desarrollo del sistema bancario. No obstante, se enfatiza la necesidad de reformas adicionales, tales como racionalización de los procedimientos reguladores del sector empresarial, la mejora del marco legal y administrativo, la reestructuración y liberalización del sector de la energía e introducción de más flexibilidad en el mercado laboral. En el último informe del año 2005 sobre las perspectivas de la adhesión, los capítulos de las negociaciones han sido divididos en tres categorías en función del cumplimiento de las exigencias de la Comisión y de los compromisos acordados en los actos en el período de pre-adhesión. En el primer lugar en la lista de los capítulos que se han cerrado (con cumplimiento de las exigencias más importantes que se ha comprometido a cumplir Bulgaria) es el capítulo “Política de la competencia”. La Comisión destacó que Bulgaria está lista para el ingreso en la UE (si se sigue el cumplimiento de los capítulos cerrados provisionalmente, este ingreso está previsto para el 01.01.2007), porque responde plenamente a las exigencias para establecer medidas efectivas antitrust y controles a las ayudas de Estado. La Autoridad Comunitaria reiteró que la legislación de defensa de la competencia está armonizada, salvo algunas disposiciones del nuevo Reglamento N° 1/2003 (que se armonizarán próximamente, en el período hasta la fecha de la adhesión) y además, que en Bulgaria existen capacidades administrativas y judiciales en lo concerniente al antitrust y las ayudas de Estado y que la aplicación de las leyes en estas materias es efectiva. Es de gran interés apuntar (y esto da por entender la reiterada importancia de las instituciones de defensa de la competencia en general como guías de la política pública económica, sobre todo en los países con alto grado de dependencia

Informe de la Comisión COM(2001)700final- SEC(2001) 1744: según este informe, la CDC, reestructurada el 2000, realizaba una actividad importante en materia antimonopolio y en materia de ayudas estatales: la creación en el Ministerio de Finanzas de un grupo de trabajo sobre la legislación relativa a las ayudas estatales era un signo positivo.

Informe de la Comisión COM(2002)700final- SEC(2002) 1400: en lo que se refiere a la competencia, se constató que Bulgaria progresó en la aprobación de una legislación antitrust y de control de las ayudas estatales, mejorando las capacidades administrativas de la CDC.

Informe de la Comisión COM(2003)676final- SEC(2003) 1210: en lo concerniente a la defensa de la competencia este informe estimaba que Bulgaria había alcanzado un grado generalmente satisfactorio de adecuación al acervo comunitario en materia de defensa de la competencia, pero que, por el contrario, debía concluir su adecuación en materia de ayudas estatales.

económica de factores externos) que la Comisión recomienda al Parlamento y al Gobierno seguir más estrictamente las directrices, trazadas por la CDC respecto a los actos normativos de futura aprobación. En cumplimiento de esta recomendación el Presidente del Gobierno ha aprobado una orden, por la que los órganos ministeriales deben consultar con la CDC cada una de las futuras propuestas de legislaciones en el ámbito económico, antes de la propuesta normativa.³⁷ Se recomienda trabajar en dirección a la alineación de los esfuerzos del Ejecutivo General, los órganos independientes sectoriales y la CDC para establecer definitivamente una economía libre de mercado con todas sus características.

Así, en un período muy breve se ha efectuado una rápida evolución del mercado y las instituciones. El avance de las reformas ha permitido consolidar un nuevo marco legal e institucional que sigue reforzándose: por causa de la considerable expansión de las empresas transnacionales y los intereses corporativos se van suprimiendo más barreras hacia la libre competencia y al establecimiento definitivo de un libre mercado³⁸. El ingreso de Bulgaria en la OTAN (el 26 de marzo de 2003), así como el reciente ingreso en la UE sirven como catalizadores de estas reformas económicas y políticas.

4. Objetivos de la política de competencia en las economías en transición.

Finalmente, considero necesario apreciar algunos de los aspectos en relación con los objetivos de las autoridades antitrust en las economías en transición. Creo que el principal objetivo de estas instituciones en países como Bulgaria es establecer definitivamente la economía de libre mercado y este objetivo prima sobre objetivos como el bienestar del consumidor u otros objetivos de tipo social, aunque en la mayoría de los casos es compatible con ellos. Este tipo de autoridades en economías transitorias juegan un papel importante respecto a la misma reestructuración del mercado, y, dependiendo del caso, sobre la reestructuración del estatus antiguo de poder económico y el establecimiento del nuevo esquema de poderes en el mercado. A diferencia de las

³⁶ Informe de la Comisión COM(2004)657final- SEC(2004) 1199: se subraya, que la política de competencia de Bulgaria se ajusta hoy en día en gran medida a la política de la UE en este ámbito. Sin embargo se tiene que proseguir este esfuerzo de cara a la adhesión.

³⁷ www.minfin.gov.bg/docs/CONF

³⁸ Sobre la importancia de la libre competencia en relación con las inversiones extranjeras ver el análisis del borrador de la Ley de Defensa de la Competencia búlgara del 1998 de ABA- "Análisis of the Draft Competition Protection Act for the Republic of Bulgaria", 29 de septiembre de 1998, disponible en www.abanet.org/ceeli/publications ; Sobre el significado del principio de la libre competencia en general ver Areeda & Kaplow "Antitrust Analysis", op.cit., pp.7- 14.

autoridades de competencia en los países occidentales, destinadas a vigilar el estatus actual de estos poderes de mercado, la autoridad búlgara, por ejemplo, desempeña un papel activo durante la evolución y establecimiento de estos poderes. Precisamente por ello, son necesarias unas garantías para su creación y funcionamiento eficaz, así como definir la posición adecuada de esta autoridad respecto a los poderes públicos.

II. ORGANIZACIÓN DE LA CDC COMO AGENCIA INDEPENDIENTE.

Según el art.3 de la LDC de Bulgaria, la CDC es una autoridad pública independiente y especializada; las causas de su creación son la defensa de la economía de libre de mercado, la libertad de empresa y los intereses de los participantes en el mercado.

A diferencia de las demás autoridades reguladoras y a semejanza del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas, la CDC es independiente del Poder Ejecutivo y Judicial. La independencia se garantiza por sus relaciones con los poderes públicos, el sistema de elección de los comisarios por el Parlamento y por la organización interna en relación con la separación de las funciones de investigación y persecución³⁹.

Hay que subrayar que el alcance de la actividad de la CDC es muy amplio e incluye todas las denuncias por infracciones de la libertad de empresa. Esto debe ser así porque, como afirma la American Bar Association en su Análisis, es muy importante la vigilancia del mercado en su multidimensionalidad y variedad y de aquí la autoridad de este órgano en economías en transición, así que hay que concederle suficientes recursos y discrecionalidad. La discrecionalidad⁴⁰ es necesaria porque algunas veces las soluciones para el caso concreto no están prescritas detalladamente por las normas. Hay que acudir a interpretaciones doctrinales y a soluciones innovadoras y a veces es necesario rellenar lagunas legales. Así, actuando en todos estos ámbitos, en relación con la libertad de empresa, sus dictámenes no siempre reflejan la política económica oficial

³⁹ Esta última nota coincide con una de las recomendaciones de American Bar Association “Análisis of the Draft Competition Protection Act for the Republic of Bulgaria “del año 1998, op cit. , www.abanet.org/ceeli/publications y de Fox, E. “Competition Policy and Eastern Europe: the Bulgarian Project as a Case Study”, 60 Antitrust L.J.243(1991- 1992); www.cpc.bg .

⁴⁰ Por otro lado, como se afirma en el ABA “Análisis of the Draft Competition Protection Act for the Republic of Bulgaria” del año 1998, op cit. , www.abanet.org/ceeli/publications , el alto grado de discrecionalidad abre las vías para la corrupción, porque la CDC puede prohibir prácticamente todos los tipos de contratos.

del Gobierno o del Parlamento⁴¹, lo que demuestra una vez más el alto grado de independencia de la autoridad.

Es importante advertir que la independencia de este tipo de autoridades(las de defensa de la competencia) en una economía en transición es particularmente importante, porque la CDC debe evitar dos riesgos⁴²:

- 1) Si no se protege adecuadamente el proceso competitivo, si no se limita el poder monopolístico(u oligopolístico) y su explotación abusiva, si no se preservan los derechos de los consumidores y si no se garantiza el desarrollo económico, el mercado del país sufrirá graves distorsiones, que se van a incrementar por los desequilibrios de una economía en transición.
- 2) Si se restringe excesivamente la libertad de negocio, la libertad de elegir conductas y formas de organización para el negocio que son potencialmente útiles, la CDC puede impedir la eficiente actividad económica.

Hay que encontrar un balance entre estos dos riesgos y esto es válido para todos los órganos de defensa de la competencia, balance que se puede establecer a través del reforzamiento de la independencia de la CDC. En este sentido especialmente importante es la relación del órgano con los poderes públicos, que se va a estudiar a continuación.

En cuanto a las relaciones con el Parlamento, conviene constatar, que estas tienen las siguientes dimensiones:

- la CDC está creada por Ley y sus miembros son elegidos por el Parlamento; por medio de la elección el Parlamento controla la orientación política de los comisarios,
- el Parlamento puede modificar el régimen jurídico de la CDC,
- la Asamblea Nacional aprueba el presupuesto de la CDC y los proyectos a que se va a destinar,
- hay que destacar el control parlamentario por los diputados a título individual o a través de las comisiones parlamentarias;

Por consiguiente conviene resumir que se trata de un control fuerte del Parlamento sobre la CDC, parecido al control parlamentario sobre la Federal Trade Commission, destinado a corregir las acciones de la autoridad, cuando sea necesario,

⁴¹ www.cpc.bg .

⁴² Una constatación semejante, pero en relación con la normativa antitrust ha hecho Fox, E. "Competition Policy and Eastern Europe: the Bulgarian Project as a Case Study", 60 Antitrust L.J.243(1991- 1992).

siempre y cuando su actividad es inadecuada o ineficaz, dentro del marco de la política de desarrollo de un libre mercado.

El control parlamentario es una medida adecuada para evitar influencias políticas a corto plazo por el Ejecutivo en relación con las ideas democráticas: el amplio apoyo de una mayoría parlamentaria representa una barrera contra las interferencias políticas. En una economía en transición como la búlgara esta barrera es importante por la inestabilidad que puede causar un órgano influido por motivaciones políticas en un mercado en desarrollo.

Las relaciones con el Ejecutivo no tienen la misma fuerza y contenido, como por ejemplo en los EE.UU o España, sino al revés, se da un caso que se puede considerar paradójico: la CDC debe servir como guía del Ejecutivo en la elaboración de actos normativos, siguiendo la política de libre mercado. Como he enfatizado anteriormente, la Comisión Comunitaria, en su informe del año 2005 recomienda al Ejecutivo (y al Parlamento) seguir estrictamente las directrices, trazadas por la CDC respecto a los actos normativos de futura aprobación. El Presidente del Gobierno, en una reciente orden, obliga a los órganos ministeriales a consultar con la CDC cada una de las propuestas normativas en el ámbito económico; la consulta previa con la CDC es condición de la entrada de las propuestas para votación en el Consejo de Ministros. Así el mismo Ejecutivo reconoce la prioridad de las acciones de la CDC en cumplimiento de su misión de garante del libre mercado y autolimita sus acciones en dichas áreas. De tal forma el Ejecutivo, por medio de la CDC puede recibir directamente las directrices económicas de la Comisión (la CDC formará parte de la Red de Autoridades de Defensa de la Competencia), introduciéndose, de este modo, una coordinación en los esfuerzos de defensa de la competencia de las correspondientes autoridades en la Unión Europea. Volviendo a la tesis de Hofstadter (la necesidad de detener y controlar las concentraciones de poder como amenaza para el estado democrático)⁴³ y de acuerdo con esta tesis, la política antitrust (esta vez a escala UE, porque el autor desarrolla su tesis, basándose en la economía de los EE.UU) está orientada a equilibrar los poderes existentes en el mercado (europeo) que operan con más facilidad en economías en transición, donde hace pocos años no han existido normas o “reglas de juego definidas”, lo que ha condicionado un peligro para el equilibrio económico en el mercado europeo,

⁴³ Hofstadter, R. “What Happened to Antitrust Movement?” en “The Paranoid Style in American Politics and Other Essays”, ed. Knopf, New York, 1965, pp.205- 211.

así como un peligro para la configuración de los poderes a nivel europeo. La creación de la autoridad búlgara independiente, libre de directrices estrictas (así como de capturas relacionadas con el inflexible aparato burocrático) del Ejecutivo, es una de las maneras para introducir equilibrio y seguridad económica en una importante región que es el centro de los Balcanes⁴⁴, alrededor de la cual surgen constantemente conflictos de intereses con bases económicas, políticas y étnicas. Introduciendo tal seguridad se favorecen, al mismo tiempo, las inversiones de las empresas transnacionales, que necesitan nuevos espacios de expansión.

La Comisión de Defensa de la Competencia de Bulgaria ha sido objeto de una reestructuración destinada a reforzar su independencia respecto al Ejecutivo y a reorientar sus recursos hacia la resolución de los problemas más graves de la competencia en un mercado en transformación, desarrollando su capacidad administrativa, así como su labor en lo que a la aplicación de la normativa se refiere.

La CDC no tiene delegaciones territoriales y realiza toda su actividad desde su sede en Sofía.

III. RÉGIMEN DE LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE BULGARIA.

1. Elección de los miembros de la CDC.

La CDC está compuesta por el Presidente, dos Vicepresidentes y 4 vocales, nombrados y cesados por el Parlamento por un plazo de 5 años, renovable por una sola vez (art.4 LDC). De este modo se establece un vínculo estable Parlamento – órgano independiente de defensa de la competencia, garantizando al mismo tiempo la continuidad en la actividad de la CDC. La elección de los candidatos por el Parlamento consta de dos fases:

- la elección del Presidente
- la elección de los comisarios

⁴⁴ Creo que este “núcleo de seguridad económica”, que se intenta crear en la zona, más adelante podrá expandirse a otros pequeños países con posición estratégica, pero con alto grado de dependencia de factores externos como la República de Macedonia y Croacia, siguiendo estrictamente el modelo de Bulgaria y Rumania, aunque en este último país el proceso de competencia, la economía de mercado y la actividad de la respectiva autoridad todavía presentan algunos problemas (ver el último informe del año 2005 de la Comisión Comunitaria, disponible en www.europa.eu.int/comm).

El 3 de octubre de 2003 la Asamblea Nacional ha elegido los nuevos miembros de la CDC⁴⁵ y el procedimiento de la elección no se ha limitado a la propuesta y votación, sino que se han realizado audiencias con los candidatos, que han sido interrogados sobre sus aceptaciones del papel y las prioridades de la nueva CDC. Creo que esto es muy importante con vistas a los objetivos del órgano de defensa de la competencia en la economía en transición, porque más que todo es necesario que los comisarios tengan una aceptación adecuada de la necesidad de la transición hacia el libre mercado, que no sean partidarios de la economía centralizada⁴⁶. Además, ellos deben de ser conscientes que la práctica de los órganos de defensa de la competencia en mercados en transición a veces será distinta de los modelos, empleados en la técnica de defensa de la competencia de las autoridades antitrust de los EE.UU y de los países de Europa, porque se presentarán problemas de mercado impropios para estos países, así que deberán buscarse soluciones nuevas e innovadoras. No es necesario aplicar siempre las soluciones de dichas autoridades, porque a veces estas soluciones podrán tener efectos negativos en el caso de una economía en transición. En este aspecto se pueden dar como ejemplo los acuerdos verticales, que se considera que en principio favorecen la competencia en los países occidentales, pero en países del Este, donde el sistema centralizado se basaba en una excesiva integración vertical, se podría llegar a la supervivencia de estas mismas estructuras (algunas de las cuales han pasado enteras de las manos del Estado a manos privadas durante las privatizaciones). Hay que reformar, desligar y reestructurar muchas de estas estructuras y esto debe ser un deber prioritario de la CDC.

Considero que la elección de los vocales por el Parlamento es una solución eficaz, garantizando la independencia de la CDC, por las siguientes razones:

- en primer lugar, se garantiza la independencia respecto al Ejecutivo, que no puede nombrar o cesar a los comisarios. El órgano está perfectamente separado de intervenciones del sistema de órganos del Ejecutivo, quedando en el mismo esquema de la Administración y esto es importante para una economía en transición porque se evitan influencias de políticas a corto plazo, realizadas por el Gobierno y se da prioridad a una política a largo plazo, promovida por el Parlamento (en relación

⁴⁵ www.minfin.gov.bg/docs/CONF.

con las políticas de promoción de la economía de libre mercado).La elección por el Parlamento corresponde a las ideas democráticas, los comisarios deben tener el amplio apoyo de una mayoría en el Parlamento y así se evitan elecciones basadas en motivaciones políticas.

- en segundo lugar, porque se pueden evitar las capturas, propias para los modelos de organización burocráticos con toma unipersonal de decisiones.En caso de que los comisarios se elijan por el Ejecutivo, junto con la elección se pueden trasladar capturas y en el caso de elección por el Parlamento, este traslado de capturas se puede evitar.

2. Quorum y mayorías.

La CDC se entiende válidamente constituida con la participación de 5 vocales. Para la adopción de las decisiones se necesita una mayoría de 4 votos(art.33 y 36.1 del Reglamento de la CDC).En caso de que estén presentes menos de 7 vocales y no se puede llegar a la mayoría absoluta de 4 votos, se presume que la solicitud se desestima o que se deniega la autorización solicitada(art. 36.1 del Reglamento de la CDC).De esta manera se refuerza la garantía de la colegialidad: la mayoría absoluta, formada por la mayoría de los miembros de la CDC es necesaria para todos los casos.

3. Requisitos de elegibilidad e incompatibilidades.

La LDC expresamente prevé que el Presidente tiene que ser jurista con experiencia profesional de más de 10 años.Esto es especialmente importante porque se trata de una nueva clase de órgano en la economía en transición que realiza tareas nuevas, que exigen una larga y amplia experiencia.

Todos los vocales deben cumplir los siguientes requisitos(art.4 LDC):

- ser nacionales del país
- ser economistas o juristas con experiencia profesional de más de 5 años
- ser expertos en la materia
- deben de respetar las normas morales
- no ser condenados con pena de cárcel por delito doloso

⁴⁶ Ver en este contexto Fox, E. "Competition Policy and Eastern Europe: the Bulgarian Project as a Case Study", 60 Antitrust L.J.243(1991- 1992).

- no pueden ocupar otro puesto remunerado, excepto cuando ejercen una actividad de investigación o enseñanza
- no pueden ser beneficiarios de cualquier forma de empresas

Dentro de esta lista de incompatibilidades se pueden distinguir requisitos de carácter general, como por ejemplo el respeto de las normas de la ética: una exigencia difícil de definir sin el conocimiento de la persona y sus cualidades. Este requisito, junto con la prohibición de ser beneficiarios de empresas – públicas o privadas – es un intento del legislador de evitar la corrupción dentro de la CDC.

El Presidente, los Vicepresidentes y los vocales deben jurar ante el Parlamento (art.4.5.LDC y art.76.2.de la Constitución de Bulgaria).

En cualquier caso, como ya se ha apuntado, una exigencia implícita, pero importante, es la orientación de los comisarios pro-mercado, porque si son partidarios de modelos centralizados, la autoridad no podrá cumplir su misión.

4. Duración del mandato y cese de los miembros.

Como se ha indicado anteriormente, el mandato de los comisarios coincide con el establecido en la mayoría de las legislaciones, que regulan la organización y funcionamiento de las autoridades antitrust – 5 años, renovables por una sola vez. Esta única renovación garantiza la continuidad en el ejercicio de las funciones de la autoridad: se supone que los mandatos de algunos de los vocales serán renovados, y, al mismo tiempo, la única renovación es una garantía frente a las capturas de los grupos de intereses.

El Parlamento no puede cesar libremente a los comisarios. Las causas de cese están establecidas en el art.5 LDC:

1. Renuncia – un acto unipersonal por parte del vocal.
2. Haber sido condenado con pena de cárcel por delito doloso.
3. En caso de imposibilidad de cumplir sus obligaciones por más de 6 meses.
4. En caso de incompatibilidad sobrevenida – se trata de las circunstancias citadas en el párrafo anterior.
5. En caso de muerte.

En todos estos casos en el plazo de 1 mes(que transcurre desde la notificación al Parlamento de la circunstancia por el Presidente), el Parlamento elige un nuevo vocal cuyo mandato termina con el mandato del vocal cesado.La seguridad, introducida con la

estricta enumeración de las causas tasadas de cese, refuerza una vez más la independencia de los comisarios y de la autoridad.

IV. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE LA CDC EN RELACIÓN CON SUS FUNCIONES.

La actividad de la CDC se efectúa por su administración, dirigida por el Presidente⁴⁷. Esta administración incluye (art.15 del Reglamento de la CDC):

1. El Secretario, que dirige administrativamente la CDC y está directamente subordinado al Presidente.
2. La Administración general, que está organizada en dos direcciones: “Dirección económico – financiera y gestión de la propiedad” y “Dirección jurídico – administrativa y de información”.
3. La Administración especializada, que está organizada en las siguientes direcciones: “Antimonopolio y concentraciones”, “Política de ayudas públicas a las empresas”, “Competencia desleal”, “Análisis sectoriales” y “Integración Europea y política de la competencia”. Dentro de la Dirección “Antimonopolio y concentraciones” se han creado los siguientes departamentos:
 - Cáteles
 - Abuso de posición dominante
 - Concentraciones

El criterio funcional de organización de la CDC es conveniente porque contribuye a la especialización de los funcionarios y a la eficacia de las actividades de las Direcciones, que son las unidades de apoyo de la CDC y no órganos independientes de decisión respecto a la CDC. Por otro lado, se cumple la exigencia de división de las funciones de investigación y persecución, que no se realizan por unos mismos funcionarios.

Los departamentos y unidades de la CDC se crean y modifican por orden del Presidente de la CDC (art.16 del Reglamento de la CDC). Es conveniente que la misma Comisión modifique su estructura interna, porque se trata de un aspecto en relación con la independencia de la autoridad: como he apuntado anteriormente, la división de las

⁴⁷ Los dos Vicepresidentes ayudan al Presidente en sus funciones, realizan las tareas que él les encarga y lo sustituyen bajo orden para casos concretos (art.11 del Reglamento de la CDC).

funciones de investigación y persecución es una garantía importante para la independencia de la CDC.

El año 2000 se ha realizado una reestructuración de la CDC con el objetivo de una actuación más eficaz en defensa del libre mercado, siguiendo las recomendaciones de la Comisión⁴⁸.

V. FACULTADES DE LA CDC.

La CDC es un órgano con amplias potestades, aunque no tiene atribuida la facultad normativa. Se puede considerar que la CDC es un órgano de control y consultivo, que tiene atribuidas las siguientes facultades básicas(art. 7 de la LDC y art.6 del Reglamento de la CDC):

1. Realizar la defensa contra acuerdos, decisiones y prácticas paralelas que puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia y contra los abusos de posición dominante, por medio de :

- a. La potestad sancionadora
- b. Las autorizaciones de determinadas conductas.

2. El control sobre las concentraciones.

3. Realizar la defensa contra actos de competencia desleal y contra otros comportamientos que pueden tener como efecto el impedimento, la restricción o el falseamiento de la competencia.

4. Valoración y control de las ayudas públicas.

En cumplimiento de estas funciones la CDC efectúa otras actividades que se van a analizar más adelante en el trabajo.

El análisis de las funciones de la CDC no va a seguir la línea de exposición del trabajo hasta el momento: el régimen de investigaciones, de imposición de sanciones y de autorizaciones es prácticamente idéntico al régimen existente en España, aunque se pueden destacar algunas diferencias: el procedimiento sancionador se puede iniciar asimismo por el Ministerio Fiscal (art 36.(1)4 LDC).Esto amplía las posibilidades del Gobierno para controlar las situaciones de abuso de mercado.La iniciación del procedimiento, de igual modo que en España, se puede realizar tras la denuncia de cualquier persona interesada(consumidor, competidor, etc...) y en esto se materializa

una vez más la intención del legislador de vestir con una amplia discrecionalidad la CDC, aunque creo, y en esto coincido con las notas en el Análisis de ABA⁴⁹, que se deben admitir denuncias anónimas, pudiéndose asimismo iniciar un procedimiento en base a algún artículo de la prensa o reportaje televisivo. Así, la discrecionalidad de la CDC se puede acercar a la así llamada “prosecutorial discretion” de las autoridades antitrust de tipo anglosajón. Esta discrecionalidad en la persecución es importante para una economía en transición, pues cualquier medio para el inicio de la investigación y asimismo cualquier prueba relevante puede llevar a una resolución sustantiva, condenando graves abusos de mercado, siempre teniendo en cuenta las restricciones de información que sufre una autoridad de defensa de la competencia en un mercado de evolución rápida, como en el caso de Bulgaria.

Además, existen reglas especiales en materia de pruebas: cuando se estime necesario y exista peligro que alguna prueba de relevancia sustancial puede ser escondida o si la empresa impide entregar la prueba, se puede proceder a (art.41aLDC):

- Registro de establecimientos utilizados para la actividad de la empresa o en que se guarden documentos
- Registro de medios de transporte
- Retención de documentación y grabaciones de datos
- Vistas verbales

La recogida de estas pruebas se realiza a petición del Presidente de la CDC al juzgado del distrito donde se encuentra la sede de la empresa y con autorización del juez, cuando existen datos suficientes para presumir que en el establecimiento o en los medios de transporte se encuentran pruebas que tienen importancia para el proceso (art.41b.LDC). De este modo el legislador garantiza los derechos de los interesados, no permitiendo las búsquedas generales de pruebas y al mismo tiempo se permite realizar investigaciones por sorpresa, garantizándose unos amplios poderes de investigación de la CDC de acuerdo con las últimas tendencias en Europa (me estoy refiriendo al Reglamento N° 1/2003) y EE.UU. En cuanto a las mismas pruebas, una pauta específica de la legislación búlgara es que las pruebas, adquiridas en un procedimiento ante la CDC no se pueden emplear en otros procedimientos ante el mismo órgano. Creo que esta

⁴⁹ Ver Informe de la Comisión COM(2000) 701 final, donde se constatan los progresos, realizados por la CDC y el Reglamento Interno de la CDC (publicado en el BO N°99, 11.11.2003 y modificado el 27.08.2004).

prescripción de la ley restringe de una manera injustificada la discrecionalidad de la CDC.

El caso más importante y significativo de control sobre los comportamientos restrictivos de la competencia se puede encontrar en el sector de los seguros: la CDC ha sancionado con una multa de 350 000 levas (que son casi 180 000 euros) a las compañías aseguradoras “Bulstrad”, S.A., “Alianz- Bulgaria”, S.A., “DZI”, S.A., “Bul-Ins”, S.A., “Vitosha”, S.A., “Euroins”, S.A., “Orel”, S.A., “Jupiter”, S.A. (2003) por su infracción del art.9LDC (que trata los acuerdos prohibidos entre empresas)⁵⁰. Tanto la Comisión Comunitaria, como el Análisis de ABA enfatizan la necesidad de un aumento de las multas para que la CDC realice más eficazmente su función de “disciplinar” a los agentes de mercado⁵¹.

En cuanto a las autorizaciones, se ha apuntado varias veces, incluso en el Análisis de ABA⁵², que el exceso de notificaciones puede dificultar las tareas de la CDC (se trata de un problema idéntico que en el caso de España): por miedo de sanciones a veces se notifican acuerdos sin efecto relevante para la competencia y esto puede dificultar la tarea de la autoridad, no permitiéndole concentrar sus esfuerzos sobre los casos importantes. La solución de esta situación es la introducción de otro remedio, específico para el derecho norteamericano- las cartas administrativas (business review letters), trazando unas directrices más claras para las actuaciones de los agentes de mercado, que podrían solicitar de la CDC estas directrices. La otra opción, que considero más eficaz, de suprimir el deber de notificar, ya se ha establecido en la UE con el Reglamento Nº1/2003 y se ha propuesto en España con el Libro Blanco para la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia⁵³. Sin embargo, considero que en el caso de Bulgaria, donde todavía queda mucho por hacer en relación con la “educación del empresario” respecto a las prácticas dañinas a la competencia, las notificaciones son un buen remedio para

⁴⁹ ABA “Análisis of the Draft Competition Protection Act for the Republic of Bulgaria “del año 1998, op cit. , www.abanet.org/ceeli/publications.

⁵⁰ Ver Informe Annual de la Comisión de Defensa de la Competencia de Bulgaria de 2003, disponible en www.cpc.bg ; ver documento CCNM/ GF/COMP/WD(2004)33, 09.02.2004, disponible en www.oecd.org/dataoecd .

⁵¹ Ver Informe de la Comisión de 2005 “Bulgaria...”, op.cit, disponible en www.europa.eu.int y las recomendaciones del ABA “Análisis of the Draft Competition Protection Act for the Republic of Bulgaria” del año 1998, op cit. , www.abanet.org/ceeli/publications, que ofrece el ejemplo de las sanciones insignificantes a dos compañías, cuyas actuaciones distorsionaron gravemente el mercado norteamericano- se trata de General Motors y Firestone (1949).

⁵² ABA “Análisis of the Draft Competition Protection Act for the Republic of Bulgaria “del año 1998, op cit. , www.abanet.org/ceeli/publications.

⁵³ Publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda el 25.01.2005.

evitar infracciones y como paso siguiente hay que acudir a las cartas administrativas(para evitar la saturación de CDC de notificaciones).Ya más adelante se puede proceder a la eliminación de las notificaciones, actuando todo el sistema en base a denuncias para hacer que las mismas empresas “vigilen” el comportamiento de sus competidores.

El control de las fusiones sigue estrictamente las directrices comunitarias⁵⁴, en cuanto a la armonización de la legislación, como asimismo respecto a su aplicación.La CDC será un buen instrumento para realizar este control a nivel comunitario(y lo mismo se refiere a las medidas antimonopolio) en la recién creada Red de Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia.

La multifuncionalidad de la CDC se determina asimismo por la realización de las tareas en defensa de los consumidores y usuarios(igual que la Federal Trade Commission), a veces en relación con las restricciones a la competencia.Este área de trabajo de la CDC ha sido criticado por algunos autores búlgaros⁵⁵.Sin embargo, considero que la CDC debe seguir actuando en el área de defensa de los consumidores, por las tres razones:

- en primer lugar, porque en un mercado en transición los abusos sobre los derechos de los consumidores son muy frecuentes y en la mayoría de los casos están relacionados con las restricciones a la competencia(en principio no existe gran variedad de empresas que ofrecen productos y servicios)
- de tal modo, los resultados de las investigaciones llevadas a cabo en uno de los dos campos(defensa de la competencia/ defensa de los derechos de los consumidores), se podrían emplear para el otro campo de actuación del Ejecutivo.Así se ahorran esfuerzos institucionales, reduciendo el coste del sistema administrativo y se facilitan los denunciantes, que en el caso contrario probablemente tendrían que poner dos denuncias frente a dos órganos diferentes.
- en tercer lugar la multifuncionalidad viene a incrementar la autoridad de la institución ante las empresas y los ciudadanos, porque la misma autoridad los puede sancionar para dos importantes tipos de infracciones.Más adelante volveré

⁵⁴ Ver Informe de la Comisión del 2005- “Bulgaria: Comprehensive Monitoring Report”, Bruselas, 25 de octubre de 2005, SEC(2005) 1352 534 final.

⁵⁵ Krastev, R. “Libre comercio y proteccionismo.La competencia como factor antiinflación”, 1998, disponible en www.aeaf.minfin.bg/cms/docs/bg/izdania :el autor considera que la integración de las dos funciones en un mismo órgano crea confusión y no permite la concentración en los problemas de la

sobre el tema de la importancia de la autoridad de las instituciones que funcionan en estos dos ámbitos(un ejemplo significativo en este aspecto es la FTC de los EE.UU), pues estos órganos(la CDC en nuestro caso) están llamados a la importante tarea de disciplinar los agentes de mercado, animarlos a proseguir su actitud emprendadora(abriendo las barreras de entrada) y prevenir distorsiones del mercado a largo plazo.

El Análisis de ABA reconoce la existencia de objetivos en tensión entre el derecho antitrust y el derecho de competencia desleal: se afirma, que cuando se elige entre estos dos grupos de objetivos, la elección de la decisión conveniente es menos transparente y el proceso de toma de decisiones es más subjetivo, con posibilidades de influencias externas.Se recomienda la separación de funciones en antitrust y protección del consumidor o no requerir de la CDC que investigue todas las denuncias⁵⁶.

Creo conveniente hacer una observación importante en relación con las resoluciones de la CDC.El art.57 de la LDC no prevé la publicación de la resolución, a diferencia de las normativas de España y los EE.UU.La publicación es importante con vistas a la seguridad jurídica y la transparencia en el proceso resolutorio.Aún sin expresa disposición legal se debe realizar publicación por estos dos principales motivos.

Hay que enfatizar en otra característica de la LDC - la posibilidad de reducir o eliminar la responsabilidad administrativa en el caso de los acuerdos prohibidos, cuando la empresa ofrezca voluntariamente, durante el transcurso del proceso, una prueba sustancial para comprobar la infracción, pero sólo en caso de que la empresa haya dejado de participar en el acuerdo o práctica concertada(art.59aLDC).La responsabilidad en caso de los acuerdos prohibidos se puede eximir cuando la empresa entregue pruebas, que según las consideraciones de la CDC constituyan razón suficiente para la iniciación del procedimiento de infracción. En todo caso estas pruebas tienen que ser entregadas antes del inicio del procedimiento de infracción y antes de los demás participantes en la infracción(art.59b LDC).Dichas medidas se han adoptado para evitar la expansión de los cárteles(uno de los últimos focos de la actividad de la FTC, la División Antitrust y la Comisión Comunitaria son los cárteles internacionales).Se trata de núcleos fuertes de poder económico, que no se pueden detectar fácilmente, sobre

defensa de la competencia; Sobre el progreso en los resultados, obtenidos por la CDC en la defensa de los consumidores ver los citados informes de la Comisión, disponibles en www.europa.eu.int.

⁵⁶ Las recomendaciones del ABA “Análisis of the Draft Competition Protection Act for the Republic of Bulgaria “del año 1998, op cit. , www.abanet.org/ceeli/publications.

todo por insuficiencia de información sobre sus actividades. Se aplica un método bastante efectivo: la entrega de pruebas por los propios participantes en el acuerdo. Estas partes del acuerdo deben ser incentivadas para emprender la actitud de “traicionar” a sus “cómplices”. En este caso depende mucho de la autoridad del órgano de defensa de la competencia y de su actitud activa en persecución de las infracciones. Precisamente la persecución activa de las infracciones es lo que puede incentivar a algunos participantes en acuerdos de cártel a suministrar la información necesitada.

Estas soluciones del legislador, además de innovadoras⁵⁷ y siguiendo las tendencias en la UE y los EE.UU, garantizan una mayor eficacia durante el período de investigación, pero abren la posibilidad de corrupción. Es necesario que en cada caso se justifique debidamente la causa de la reducción de la sanción o la extinción de la responsabilidad para no convertir dicho instrumento en una brecha en la ley, por medio de la que van a ser exculpadas empresas que realicen presiones sobre el órgano de defensa de la competencia.

En materia de ayudas públicas junto con la CDC se ha creado otra autoridad de control: se trata del Departamento de Ayudas Estatales del Ministerio de Hacienda, con características de órgano ejecutivo. La dualidad de los organismos en materia de control y compatibilidad de las ayudas estatales se debe a las recomendaciones de la Comisión para un régimen más estricto de control de dichas ayudas y transparencia en su concesión. La dualidad garantiza estos objetivos, estableciendo una barrera institucional contra la corrupción, aumentando, al mismo tiempo, los trámites administrativos para la concesión de las ayudas. Se constata un desarrollo de las capacidades de los dos órganos- la CDC y el Departamento de Ayudas Estatales, así como en lo que se refiere a los resultados de la aplicación normativa y la adopción de un plan regional en materia de ayudas públicas⁵⁸.

Creo que es conveniente enfatizar otra función de la CDC que considero importante y que es propia para el esquema funcional de la CDC: la CDC ha participado intensamente en el proceso de privatizaciones (dinámico y con alto grado de intensidad en los últimos años), pues la aprobación de la Comisión era conditio necesaria para

⁵⁷ En España el Ministerio de Economía y Hacienda ha publicado recientemente el “Libro Blanco sobre la reforma de la LDC” de 25 de enero de 2005, en que se proponen reglas de exculpabilidad, semejantes a las de la legislaciones estadounidense y europea en esta materia.

⁵⁸ www.europa.eu.int/scadplus.

poder proceder a la privatización⁵⁹. De este modo, el Gobierno introdujo más transparencia y control respecto al proceso de privatizaciones, seleccionando cuidadosamente los compradores de empresas de los sectores vitales para la industria y el comercio.

Las demás funciones de la CDC son las siguientes:

- La abogacía de la competencia⁶⁰, que realiza la autoridad ante el Ejecutivo (he enfatizado la Orden del Presidente del Gobierno que obliga a las unidades administrativas a consultar sus futuros planes de propuestas normativas con la CDC). La CDC realiza dicha tarea de abogacía de la competencia ante las autoridades reguladoras (muchas veces en base a los análisis sectoriales, que se analizarán a continuación) y ante los juzgados (art. 7(1)4, aunque considero que la actividad ante los juzgados es escasa y debe reforzarse).

La abogacía de la competencia, que realiza la CDC es muy importante porque define la posición de la autoridad como “organizadora” del proceso de liberalización del mercado, coordinando los esfuerzos de los poderes públicos y asesorando los órganos del Ejecutivo, el Parlamento y los Juzgados en el ámbito de la competencia. La CDC debe proseguir sus esfuerzos en dicho aspecto, porque esto garantizaría buenas condiciones, establecidas por los poderes públicos para el futuro desarrollo económico del país⁶¹.

- Elaboración de análisis sectoriales- art. 7(1)5 LDC.

Los análisis sectoriales pueden ser iniciados en relación con un problema actual importante para la sociedad en relación con la competencia, que ha sido planteado por autoridades públicas, medios de comunicación, organizaciones sectoriales, asociaciones comerciales, etc...; cuando durante el proceso de investigación de la CDC se constaten problemas en un sector concreto de la economía desde la perspectiva de la competencia;

⁵⁹ Ver documento CCNM/ GF/COMP/WD(2004)33, 09.02.2004, disponible en www.oecd.org/dataoecd.

⁶⁰ Ver documento CCNM/ GF/COMP/WD(2004)33, 09.02.2004, disponible en www.oecd.org/dataoecd ; www.minfin.gov.bg/docs/CONF .

⁶¹ En esta dirección está orientado el informe de la OECD- “Report on Competition Law and Policy in South Eastern Europe”, abril, 2003; Ver asimismo Fox, E. “Competition Policy and Eastern Europe: the Bulgarian Project as a Case Study”, 60 Antitrust L.J. 243 (1991- 1992).

cuando se constaten dificultades o práctica contradictoria de la CDC, la Corte Suprema Administrativa, en caso de controversias en la legislación, etc...

El objetivo del análisis es llegar a conclusiones en relación con la competencia y sus eventuales problemas. El análisis sectorial puede incluir recomendaciones y puede ser utilizado por la CDC para coordinar su práctica cuando se define el mercado relevante.

En caso de que, durante la elaboración del análisis se llegan a descubrir datos concretos sobre infracciones, el mismo puede ser base para la iniciación del procedimiento sancionador.⁶²

El análisis sectorial puede servir para informar a la autoridad reguladora correspondiente de la necesidad de atención a varios problemas del mercado concreto o informar al Gobierno con objetivo de mejorar la política de competencia o para precisar o modificar la regulación del sector. Se pueden dar como ejemplos el análisis en el sector de la energía (2003) y el análisis del mercado de harina y pan(2003).

- Propuestas de derogación de actos normativos, en contradicción con la LDC, adoptados por el Gobierno o la Corporaciones Locales (art.7(1)3.LDC).

Esta facultad es consecuencia de la transición de la economía planificada a la economía de libre mercado :todavía existen actos normativos – sobre todo de las Corporaciones Locales que pueden entrar en controversia con la LDC. El legislador insiste en la primacía de los principios del libre mercado sobre otros intereses, protegidos por la ley.

- Apelación de actos administrativos y sentencias que entran en conflicto con la LDC.

La CDC está facultada para recurrir ante el juzgado competente los actos administrativos y sentencias que entran en conflicto con la LDC(art.7(1)4 LDC. Se trata de otro mecanismo para garantizar la libre competencia, armonizando las tareas de la Administración y el Poder Judicial.

⁶² Memoria de la CDC del año 2003, disponible en www.cpc.bg .

- Integración Europea.

En relación con la introducción de medidas para la coordinación con las instituciones europeas y la legislación comunitaria, la CDC debe de seguir trabajando en las siguientes líneas:

- mejorar la práctica sobre la LDC , el TCE y las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia
- seguir trabajando para que la sociedad sea informada y entienda la necesidad de estas legislaciones
- conseguir transparencia en relación con la concesión de ayudas estatales y mejorar el control sobre estas ayudas
- perseguir el objetivo de sometimiento de las empresas públicas y las empresas con derechos especiales y exclusivos a la libre competencia
- elaborar directrices para calcular las multas sancionadoras
- subir los niveles de las multas sancionadoras por infracciones sustantivas

- Actividad internacional.

Los funcionarios de la CDC han participado en el Global Forum of Competition de la OMC, en el Global Forum of Cartels, en la primera reunión de la Asociación de Macroeconomía de la Competencia y asimismo en foros regionales del Sudeste de Europa en relación con problemas regionales de las controversias de las normativas y prácticas del antitrust con la activa colaboración de la Comisión Federal de Comercio y la División Antitrust del Departamento de Justicia de los EE.UU. Es importante enfatizar los esfuerzos de asesoramiento normativo que han demostrado la División y la FTC durante el proceso de elaboración de las leyes antitrust en Bulgaria y para la aplicación de estas leyes⁶³.

⁶³ La División y la FTC han considerado que las ideas norteamericanas sobre la política antitrust van a ser útiles para un país que entra en la economía de mercado. Por esta razón, las dos autoridades han asesorado a las autoridades búlgaras durante la elaboración de la primera Ley de Defensa de la Competencia del año

VI. LOS CONTROLES SOBRE LA CDC.

1. El control del Parlamento.

Creo que la solución del legislador, prevista en el art. 4(1)LDC es conveniente: los nombramientos y ceses de los vocales de la CDC se realizan por el Parlamento. Además, el Legislativo aprueba su presupuesto. Así se introduce un mayor grado de independencia de la CDC respecto al Ejecutivo y una mayor transparencia para la consecución de sus tareas de acuerdo con la Ley. La CDC está sujeta asimismo a otros controles parlamentarios como preguntas e interpelaciones de diputados o partidos políticos e investigaciones por comisiones parlamentarias. El control parlamentario sobre la CDC se acerca a las formas de controles parlamentarios sobre las instituciones antitrust analizadas hasta el momento, siendo el grado de control equivalente al de los EE.UU. Considero que es conveniente mantener este alto grado de control parlamentario para reforzar la independencia respecto al Ejecutivo, porque en países en vía de transición los peligros de capturas sobre el aparato burocrático se manifiestan más a menudo y en caso de un fuerte control por el Ejecutivo se pueden transferir a la CDC (suponiendo que dichas capturas operan difícilmente sobre órganos independientes colegiados, compuestos por expertos en la materia y cuyo esquema de creación y organización, promoviendo una determinada política, excluye las capturas).

2. El control judicial.

El control judicial de las decisiones sobre prácticas prohibidas se realiza por la Sala Quinta de la Corte Suprema Administrativa, especializada en casos antitrust y en casación por un cuerpo (Colegio) de cinco jueces de la misma Corte. Como se ha subrayado una vez, en relación con la revisión judicial sobre las autoridades antitrust estadounidenses, se trata de un control, que en principio es un verdadero control neutral, basado en las leyes y no en objetivos a corto plazo (como pueden ser a veces los objetivos políticos del Gobierno o incluso el Parlamento). Las decisiones se pueden recurrir sólo por las partes que han participado en el procedimiento ante la CDC (art. 43 LDC), lo que garantiza que otras empresas (competidoras) no podrán tener acceso a la información, que será revelada durante el juicio. Por otro lado, esta limitación del

1991: el AAG Rills y el Director de la FTC Steiger han visitado el país con sus equipos de expertos para cumplir con estos objetivos.

alcance de la legitimación puede llevar a arbitrariedad de la autoridad administrativa de defensa de la competencia, siendo imposible que sus resoluciones fuesen atacadas por terceros interesados. Considero, que las decisiones de la CDC deben poder ser recurridas por cualquier persona, que ostente un interés legítimo: se puede tomar como ejemplo el caso de la legislación y jurisprudencia en España (La definición jurisprudencial búlgara de parte que ostenta un interés legítimo se puede encontrar en la Sentencia de 22.07.2003 N°7759, según cual se trata de la parte “cuyos intereses están afectados o amenazados por la infracción de la ley”. Se trata no únicamente de afectación real de los intereses de la persona, sino una amenaza de estos intereses puede asimismo ser base de la revisión judicial).

El fallo de la Corte Suprema Administrativa será o la declaración de la inadmisibilidad del recurso, o bien su estimación o desestimación.

Dentro de las sentencias estimatorias, en la reciente jurisprudencia se pueden distinguir los siguientes supuestos, equivalentes a los supuestos de revisión de los actos de la FTC en EE.UU o del TDC en España, siendo los casos más frecuentes los siguientes:

- el caso más frecuente es confirmación de la declaración con la que se establece la infracción y la confirmación de la sanción- por ej. la Sentencia de 26.05.2004, N°4734 o la Sentencia de 07.01.2003 N°81,
- no se confirma la declaración y tampoco la sanción; el asunto se devuelve a la CDC para una nueva apreciación de los hechos (Sentencia de 15.07.2005 N°6949 o la Sentencia de 22.07.2003 N°7759),
- se confirma la declaración de que se ha cometido una infracción, pero no la cuantía de la multa (Sentencia de 07.11.2005 N°9716),
- se puede revocar el archivo y ordenar la incoación del expediente sancionador, caso, que existe en teoría, porque hasta ahora no se ha procedido a tal revocación.

Las sentencias estimatorias suponen la nulidad total del acto de la CDC o la nulidad parcial del mismo acto. En el segundo supuesto la Resolución de la CDC se confirma en parte. En este caso el asunto se devuelve para una nueva resolución respecto a la parte no afectada por la nulidad (por ej. la Sentencia de 16.10.2002 N°9155).

En la mayoría de los casos los recursos están basados en infracciones del procedimiento (por ej. la reciente Sentencia de 07.11.2005 N°9716, donde no se ha

cumplido la exigencia de audiencia de los interesados por la CDC), resoluciones no fundadas(por ej. la Sentencia de 25.10.2004 N°8589), incongruencias con la ley(Sentencia de 25.02.2004 n°1686 o Sentencia de 22.07.2003 N°7759)⁶⁴ que es el caso más frecuente o falta de motivación(Sentencia de 11.11.2003 N°10042 o Sentencia de 11.12.2003 N°11555)Si se decide comparar con los motivos de revisión en España o los de EE.UU., existe un motivo propio de la legislación búlgara:incongruencia con los objetivos establecidos por la ley(Sentencia de 07.11.2005 N°9716).Como ya se ha apuntado, especialmente en el derecho antitrust existe un amplio conjunto de objetivos, trazados por las leyes antimonopolio y es de gran importancia elegir la perspectiva, el punto de partida para establecer una jerarquía entre estos objetivos, subordinándolos unos a otros.Esto es especialmente difícil en una economía en transición, en nuestro caso, la búlgara y por esta razón es necesario evitar la anulación de resoluciones de la CDC, basándose en este motivo.

Como se trata de una materia nueva para los jueces en un mercado en transición, se puede constatar una confirmación de la mayoría de las resoluciones de la CDC(por ej.en el año 2003 se han confirmado 30 resoluciones de la CDC y 16 han sido anuladas⁶⁵).Esta deferencia de los jueces, que en principio desconocen la realidad económica en un mercado en transición, es una característica básica del control jurídico sobre las actividades de la CDC.Considero que en este momento de desarrollo del mercado es conveniente la no interferencia del Poder Judicial por medio de un control rígido, anulando las resoluciones de la autoridad, por la misma misión de la CDC de guiar y dirigir la política pública en el comercio.En caso contrario, la Corte estará saturada por miles de denuncias contra actos de CDC, actuando, al mismo tiempo, contra la autoridad de la Comisión en tiempos de reformas del mercado y de las instituciones que contribuyen a su evolución.Esto entorpecería el proceso de competencia en vez de agilizarlo.

Es de gran interés observar que la mayoría de las denuncias atacan actos de la CDC contra abusos de posición dominante.Esto se debe a una acción masiva de la CDC contra los abusos de las grandes empresas(públicas o privadas) en los últimos años- por ej.BTK en el sector de las telecomunicaciones(Sentencia de 16.07.2002 N°1742-2001) o la Empresa Nacional Eléctrica.

⁶⁴ www.sac.government.bg .

⁶⁵ Ver Informe de la CDC para el año 2003, disponible en www.cpc.bg .

En cuanto a la casación existen dos supuestos alternativos:

- la Sentencia de la Sala Quinta se puede confirmar,
- la Sentencia queda sin confirmar y el asunto se devuelve a la Sala Quinta para una nueva apreciación de los hechos.

VII. LA FINANCIACIÓN.

La financiación de la CDC se realiza por medio de los Presupuestos Generales del Estado. El control financiero se efectúa por un supervisor delegado del Tribunal de Cuentas(art.19(1)3LCFE).

Se puede recomendar la inclusión de ingresos propios en los recursos de financiación de la CDC como en el caso de España, por ej. una parte de la recaudación que se puede obtener por el estudio de las operaciones de concentración: los recursos de esta autoridad deben ser suficientes por el alto grado de importancia de la materia antitrust y por la multidimensionalidad de sus funciones.

CONCLUSIONES

1. Las autoridades de defensa de la competencia tienen un objetivo en común: la prevención de las intervenciones contra el libre juego de la competencia en el mercado por parte de empresas o asociaciones de empresas. Estas intervenciones afectan asimismo a la democracia liberal, entendida como un principio básico de desarrollo del mercado y la sociedad, que se mantiene por la eficiencia económica, la innovación y el acceso de los consumidores y usuarios a los productos y servicios, la posición de los mismos competidores en el mercado y, sobre todo, por la dispersión del poder económico. Esta es la razón por la que las autoridades encargadas de la defensa de la competencia ocupan un lugar importante entre las instituciones de cualquier Estado Democrático.

2. En los EE.UU existe una duplicidad de instituciones encargadas de la defensa de la competencia: la FTC y la Antitrust Division del Departamento de Justicia. El propósito de mantener esta duplicidad es la necesidad de una aplicación efectiva y diferenciada de las normas antitrust en relación con la gravedad de las infracciones. La División está encargada de la persecución de las infracciones más graves, algunas de las cuales constituyen delitos. La eficacia de esta duplicidad se demuestra con la efectividad de las medidas antimonopolio y pro-competencia en los EE.UU.

En Europa, la Comisión es la autoridad encargada de la defensa de la competencia y esto se relaciona directamente con la consecución del objetivo Mercado Común, objetivo, que se relaciona asimismo con otros problemas como la integración económica, el desarrollo de las actividades económicas y la elevación del nivel de vida (art.2 y 3 TCE). En este sentido, la política de competencia no es un fin en sí misma, sino que se relaciona con otras políticas comunitarias, llevadas a cabo por la Comisión como, por ejemplo, la política industrial, la política regional, la política social. La atribución de competencias a la Comisión permite una gestión indiferenciada de dichos asuntos con objeto de lograr los objetivos del Tratado.

En España existe un “binomio” de instituciones: el Tribunal de Defensa de la Competencia con funciones resolutorias y el Servicio de Defensa de la Competencia con funciones de investigación e instrucción. Con la propuesta de modernización de derecho

español de la competencia(Libro Blanco sobre la reforma de la normativa española de competencia) se sugiere la integración de estas dos autoridades en un único órgano.

En Bulgaria , durante el proceso de transición hacia la economía de libre mercado se ha creado la Comisión de Defensa de la Competencia.

3. La génesis de las autoridades antitrust empezó en los EE.UU con el establecimiento de las independent commissions de los estados federados : al principio se trataba de unas comisiones parlamentarias ad hoc, creadas para regular el sector del ferrocarril, una regulación que se consideraba necesaria por los precios elevados del ferrocarril y por la corrupción política.Las funciones de estas comisiones eran muy limitadas: se limitaban a obtener información, supervisar la seguridad de los ferrocarriles y emitir informes.La siguiente fase de establecimiento de instituciones fue la creación de comisiones parlamentarias permanentes.Más tarde las prácticas abusivas de las compañías en el sector del ferrocarril llevaron a la intervención del Congreso y la creación en 1887 de la Interstate Commerce Commission que fue el modelo de la FTC.Se trata de una agencia creada por el Parlamento, que le ha otorgado facultades al margen del aparato administrativo del Presidente.Así, como alternativa de la regulación de la competencia por el mismo mercado, se introdujo un control público sobre la competencia.Esta intervención de los poderes públicos era necesaria para establecer un control efectivo sobre el creciente poder de los trusts.Era imprescindible determinar en qué casos y cómo , de acuerdo con las exigencias del desarrollo de la industria , el comercio y la competitividad internacional se puede controlar el crecimiento corporativo.

En Europa la Comisión sustituyó a la Alta Autoridad del Tratado CECA, una autoridad con amplios poderes ejecutivos.

La creación de las autoridades de defensa de la competencia en España se ha realizado con la aprobación en 1963 de la LPRRC, que establecía el SDC como un órgano instructor y el TDC como una autoridad quasi-judicial.Esta naturaleza del órgano de defensa de la competencia ha cambiado con la aprobación en el año 1989 de la LDC:el TDC se configura claramente como un órgano administrativo con características de agencia independiente.

En Bulgaria la creación del órgano de defensa de la competencia con la LDC del año 1991 fue uno de los primeros pasos para el establecimiento del marco institucional de la economía de libre mercado.Sin embargo, este órgano a causa del insuficiente

respaldo normativo y por actuaciones de grupos de intereses no pudo desarrollar una actividad eficaz de defensa de la competencia. En 1998, con el avance de las reformas apoyadas en las directrices comunitarias, se aprobó la nueva LDC de Bulgaria que estableció la nueva autoridad de defensa de la competencia búlgara- la Comisión de Defensa de la Competencia. Se puede afirmar que desde el año 1998 hasta hoy día se han producido importantes cambios positivos en el mercado, facilitando la seguridad económica y jurídica que han permitido el ingreso en la UE con la activa participación de las instituciones de Bulgaria entre las que ocupa un lugar importante la CDC.

4. Para entender los objetivos actuales de las autoridades antitrust norteamericanas es necesario indagar el “congressional intent”, que según la doctrina norteamericana es la clave para la interpretación del derecho antitrust por la FTC, la División y los juzgados. Existen varias interpretaciones del “congressional intent”. Aunque en el derecho estadounidense se ha sostenido unánimemente que las políticas de defensa de la competencia y de defensa de los consumidores y usuarios tienen una finalidad: la maximización de la eficiencia que lleva a la maximización del bienestar del consumidor, se han propuesto otras visiones respecto a los objetivos de estas autoridades. Una de ellas es que el Congreso no ha perseguido un único objetivo, creando leyes y autoridades antitrust, sino que su intención ha sido “multidimensional”. Se puede sugerir que no existe objetivo dominante, sino una jerarquía de objetivos y subobjetivos, preestablecidos por el Congreso. La tarea de la FTC y de la División es identificar, seguir y aplicar esta jerarquía, en la que la idea de dispersión del poder económico, de equilibrarlo y de prevenir su concentración en un centro determinado ocupa un nivel principal. Para algunos se trata de un mecanismo de conservar el sistema existente antes de la industrialización, suprimiendo centros de poder económico excesivo que amenazan con romper el orden democrático.

De acuerdo con el cambio en la perspectiva y coordinación de los objetivos, que han elegido las agencias (este cambio de perspectiva es indispensable, porque el mercado y la sociedad evolucionan rápidamente y las agencias deben adecuar sus métodos a esta evolución), los órganos de defensa de la competencia norteamericanos cambian su estándar- la regla de la razón o la regla “per se”- en el proceso decisorio.

Respecto a los objetivos de la Comisión Europea se deben recordar los objetivos de los Tratados, sin olvidar, que la integración de los mercados nacionales en el ámbito

europeo forma parte del proceso de expansión de los mercados a escala global. En mi opinión, estos procesos de ampliación de los mercados, basado su funcionamiento en el principio de libre competencia, han impulsado la creación, la integración y la ampliación de la UE, porque era necesario el establecimiento de un equilibrio económico, social y político a escala regional, estableciendo en los Tratados un sistema de valores económico- políticos y asimismo sociales para conseguir dicho equilibrio, tratándose de un mercado heterogéneo, integrado por mercados desarrollados, en desarrollo y casi inexistentes. A través de la política de defensa de la competencia y las demás políticas comunitarias, llevadas a cabo por las autoridades europeas, se realiza una distribución del poder económico y político a escala regional como un paso en dirección al establecimiento de dicho equilibrio. En este contexto es importante la tarea de la Comisión de coordinar los objetivos de defensa de la competencia y los demás valores económicos, políticos y sociales, establecidos en el Tratado. Con este mismo propósito de coordinación de objetivos se ha establecido la Red de Autoridades Europeas de Defensa de la Competencia.

Conforme a la evolución sustantiva de la política comunitaria de defensa de la competencia, en España se ha establecido el TDC, cuya finalidad acorde con el sistema de defensa de la competencia, diseñado en la UE y a escala global, es garantizar la competencia como bien superior en la construcción de un determinado modelo económico y político. Este órgano debería garantizar el buen funcionamiento del mercado competitivo (un mercado desarrollado, a diferencia de las condiciones de mercado existentes en España en los años –60 y –70), evitando distorsiones y acumulaciones de poder económico.

En mi opinión, el principal objetivo de las instituciones de defensa de la competencia en economías en transición, como la de Bulgaria, es establecer definitivamente la economía de libre mercado y este objetivo prima sobre objetivos de tipo social, como el bienestar del consumidor, aunque en la mayoría de los casos es compatible con ellos. Este tipo de autoridades juegan un papel importante respecto a la misma reestructuración del mercado, y, dependiendo del caso, sobre la reestructuración del estatus antiguo de poder económico y el establecimiento del nuevo esquema de poderes en el mercado. A diferencia de las autoridades de competencia en los países occidentales, destinadas a vigilar el estatus actual de estos poderes de mercado, la autoridad de Bulgaria, por ejemplo, desempeña un papel activo durante la evolución y

establecimiento de estos poderes. Precisamente por ello, son necesarias unas garantías para su creación y funcionamiento eficaz, así como definir la posición adecuada de esta autoridad respecto a los poderes públicos.

5. Por la importancia de la problemática de defensa de la competencia en relación con sus objetivos, el órgano de defensa de la competencia debería tener un lugar específico en el esquema de equilibrio de poderes, ejerciendo funciones ejecutivas, quasinormativas y quasijudiciales. Así se ha creado la FTC como Agencia Independiente, siguiendo el modelo de la ICC, a diferencia de la División que es una agencia ejecutiva, es decir, integrada en el aparato ejecutivo, dependiente del Presidente de los EE.UU.

La independencia en su sentido más amplio significa que la FTC está separada del Legislativo y el Judicial, con cierta independencia respecto al Ejecutivo, quedando en la organización jurídica del Ejecutivo. Esto se traduce en que el Congreso es el que ha creado la FTC, otorgándole amplios poderes, pero vigilando el cumplimiento de los objetivos que se han establecido, así que la relación Congreso- FTC se puede aceptar como una relación principal- agente, donde el Congreso (el principal) controla la política y las actividades, realizadas por la FTC, por una variedad de instrumentos. Se trata de un control parlamentario intenso. Por otra parte, aunque las razones de creación de una Agencia Independiente excluyen el control presidencial ilimitado, los controles presidenciales se han venido aumentando desde los años -70, sobre todo a través de la Office of Management and Budget, lo que se puede aceptar asimismo como un resultado de la ampliación de las facultades de algunas Agencias Independientes, entre las cuales destaca la FTC. Dicho control se justifica por la función del Presidente de ejercer la dirección de las políticas públicas. Se considera que el Presidente está “mejor situado” para establecer las prioridades de las agencias y cuando se presente un caso de vaguedad o indecisión, es conveniente la expansión de sus funciones. Así, a través del control presidencial sobre la facultad normativa de las agencias, se puede establecer un balance entre los objetivos de las agencias y entre los objetivos de la misma FTC en relación con la política de competencia.

Respecto a la Comisión Europea, se trata de una autoridad independiente de los Estados miembros y de las otras instituciones comunitarias. La “hiperconcentración” de funciones en la Comisión es necesaria para conseguir el objetivo Mercado Común: en la

actualidad es necesaria una aplicación conjunta de las políticas comunitarias por la Comisión y la aplicación del Derecho Comunitario de defensa de la competencia por la Comisión y la Red Europea de Autoridades de Defensa de la Competencia, porque en caso contrario surgirán problemas de dirección y deficiencias del sistema, aunque se puede suponer que con el desarrollo del marco institucional comunitario, en caso de que se establezca un mercado más homogéneo, las funciones en materia de defensa de la competencia se podrían desplazar hacia una Agencia Independiente.

En España, el TDC se configura como autoridad independiente, separada del Legislativo y Ejecutivo, aunque existen críticas en relación con la designación gubernamental de sus vocales.

Respecto de la Comisión de Defensa de la Competencia de Bulgaria, considero importante destacar su vínculo estable con el Parlamento, que se define por la inestabilidad que puede causar un órgano, influido por motivaciones a corto plazo en un mercado en desarrollo. Las relaciones con el Ejecutivo no tienen la misma fuerza y contenido, como por ejemplo en los EE.UU o España, sino al revés, se da un caso, que se puede considerar paradójico: la Comisión Comunitaria ha recomendado al Ejecutivo seguir estrictamente las directrices, trazadas por la CDC respecto a los actos de futura aprobación y la política de competencia en general. De tal forma el Ejecutivo, por medio de la CDC puede recibir directamente las directrices económicas de la Comisión (la CDC formará parte de la Red Europea de Autoridades de Defensa de la Competencia), introduciéndose, de este modo una coordinación de las actividades de defensa de la competencia de las autoridades en la UE.

Las autoridades de defensa de la competencia de EE.UU, España y Bulgaria, creadas como autoridades independientes, encuentran la justificación de este modelo organizativo en las mismas razones: la necesidad de imparcialidad y neutralidad política, la necesidad de resolver los problemas de defensa de la competencia por expertos en la materia, la necesidad de justificación de las resoluciones por un órgano colegiado, y, sobre todo, por la incapacidad de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial para responder a las necesidades de la regulación pro - competencia. Estas autoridades poseen garantías de independencia organizacional, funcional y personal.

6. El nuevo Reglamento N 1/2003 introduce una novedad importante: el establecimiento de una red de autoridades encargadas de aplicar la normativa comunitaria de defensa de

la competencia de forma descentralizada, dirigidas por una autoridad (la Comisión) y cuyas relaciones estén basadas en una estrecha coordinación y colaboración. La Comisión reserva su actuación a supuestos que presentan situaciones nuevas y especialmente graves, dedicándose prioritariamente a la instrucción de investigaciones de oficio y, sobre todo, a la definición de la política de competencia a seguir por los Estados miembros. Este modelo implica seguir, una vez más, el modelo descentralizado de defensa de la competencia de los EE.UU. La creación de esta nueva forma de instituciones- red viene motivada por la necesidad continua de adaptación institucional de los Poderes Públicos (en este caso, adaptación estructural) y sobre todo de adaptación de las instituciones, encargadas con poderes de vigilancia de los mercados, al contexto, en el cual y a los medios, por los cuales se crea y se distribuye la riqueza y se ejerce el poder económico. La Comisión se constituye como el eje principal de dicha red.

Es de gran interés observar que en la UE, pero asimismo en España, en los últimos años se ha procedido a la descentralización de algunos aspectos relevantes a la política de competencia (en España se ha aprobado la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de Competencias del Estado y las CC.AA en Materia de Defensa de la Competencia), existiendo un modelo semejante en los EE.UU. Este fenómeno se puede observar como consecuencia y manifestación de la globalización económica, en relación con la descentralización de algunas de las funciones ejecutivas del Estado. Es decir, se trata de una desconcentración en la toma de decisiones y la descentralización de las autoridades nacionales, incluidas las de defensa de la competencia hacia los gobiernos regionales. Debido a los cambios en el contexto económico- político internacional las autoridades de defensa de la competencia han debido modificar su estructura y comportamiento tradicional en favor a una mayor coordinación, adaptación e internacionalización de las objetivos de dichas políticas a las modificaciones de las condiciones económico- políticas a escala global, debido a que se ha demostrado (se trata de la experiencia de los EE.UU), que el modelo de distribución territorial de competencias ofrece ventajas para la prevención efectiva de las restricciones a la competencia que representan una amenaza para el modelo de mercado.

7. Hay que destacar que el Presidente de Estados Unidos no puede por sí solo nombrar a los vocales de la FTC, sino debe hacerlo con la aprobación del Senado. En una gran parte de las legislaciones de competencia (incluida la de Bulgaria) se sigue el modelo de

elección de los comisarios por el Parlamento y esto garantiza un mayor grado de independencia respecto al Ejecutivo. La elección por el Parlamento responde a las ideas democráticas porque los vocales deben tener el amplio apoyo de una mayoría parlamentaria, evitándose elecciones basadas en motivaciones políticas. Además, se puede lograr evitar capturas, propias de los modelos de organización burocrática con toma unipersonal de decisiones- en caso de que los comisarios se elijan por el Gobierno: junto con la elección se pueden trasladar capturas, lo que se puede evitar en caso de elección por el Parlamento.

8. La eficacia de los órganos colegiados de competencia se garantiza por el quorum y la mayoría absoluta, que se exige para las votaciones, según las normativas analizadas.

9. Es unánimemente aceptado que la cualidad de los miembros de las autoridades de defensa de la competencia es el factor vital para el funcionamiento de dichas autoridades. Se trata de órganos, formados por expertos en la materia, así que es imprescindible la alta especialización de sus miembros y su dedicación absoluta a sus funciones. La independencia de estas autoridades de defensa de la competencia determina las causas de incompatibilidad que coinciden en las legislaciones de competencia analizadas en relación con la obligación de los comisarios de no desempeñar ningún otro cargo o empleo privado, de no ser influidos por sus ideas políticas. Estos requisitos importantes definen, en cierto grado, la imparcialidad de los órganos de defensa de la competencia .

10. En relación con la duración del mandato, en la mayoría de las legislaciones el mandato se concede por 5 años (FTC, TDC, CDC), con una duración superior a la del Gobierno, lo que garantiza, en cierta medida, que los miembros no van a seguir las orientaciones políticas del Gobierno. En las legislaciones analizadas los comisarios pueden ser cesados únicamente por causas tasadas como una garantía más de la independencia de estas autoridades.

11. Respecto a las facultades de las autoridades analizadas se puede destacar el alto grado de alcance de las potestades de la FTC, que es una autoridad de tipo ejecutivo, quasijudicial, pero además reguladora: la FTC se encarga de la regulación general de

defensa de la competencia y define la política de competencia a seguir. En la doctrina norteamericana se asume que la separación tradicional de poderes tiene que ceder paso a la necesidad de una regulación económica más efectiva.

La División también tiene atribuidos amplios poderes de investigación y persecución.

El TDC es una autoridad con importantes poderes decisorios, pero excluidos los de investigación, que se llevan a cabo por el SDC y el de elaboración de normas.

La autoridad de defensa de la competencia de Bulgaria cuenta con amplios poderes de investigación y decisorios.

12. Las investigaciones son la primera fase en los procedimientos de defensa de la competencia. En las legislaciones de competencia analizadas la información puede ser obtenida por la autoridad correspondiente voluntariamente o de manera no voluntaria, a través de una variedad de métodos (requerir datos, inspecciones, investigaciones sectoriales, etc...). La desobediencia de la persona requerida tiene, en general, consecuencias negativas: la imposición de sanciones. Se trata de amplios poderes y el alcance personal de las investigaciones es también amplio. Uno de los órganos que cuenta con amplia discrecionalidad a la hora de investigar una infracción antitrust es la División que puede emplear la información adquirida por el FBI u otras agencias gubernamentales y puede abrir investigación “bajo sospecha” de infracción (dicho medio es parecido a la Información Reservada, prevista en la legislación española de defensa de la competencia). En la misma dirección de ampliación de las facultades de investigación está orientado el Reglamento N 1/2003 que introduce la colaboración de los Estados miembros en las investigaciones como una obligación de los mismos, refuerza los poderes en materia de inspecciones e introduce la investigación domiciliaria, cuando existe sospecha razonable que en cualesquiera otros locales, diferentes de los de la empresa, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas se hallen libros u otra documentación que puedan servir para demostrar una infracción grave de los arts. 81 u 82 TCE. La investigación domiciliaria puede ser realizada por el SDC (art. 34 LDC) y por la CDC. De este modo, en los últimos años en España y en Bulgaria se observa un incremento de los poderes de

investigación de las autoridades de defensa de la competencia, siguiendo las tendencias en los EE.UU y la UE.

Los únicos límites de estos amplios poderes de investigación son los derechos, protegidos por las Constituciones de los respectivos estados. El Reglamento N 1/2003 establece el secreto profesional como una garantía de las investigaciones.

Los amplios poderes de investigación de las instituciones analizadas se justifican por la importancia de las infracciones antitrust en relación con los objetivos de dichas autoridades.

14. La facultad decisoria es la facultad más importante de todas las autoridades de defensa de la competencia. Deben adoptar soluciones que en la mayoría de los casos tienen un considerable impacto económico. Ejerciendo esta facultad, las autoridades antitrust deben elegir criterios de acuerdo con los objetivos generales, establecidos por las leyes de defensa de la competencia y con otros objetivos a corto plazo. Hay que valorar todas las alternativas y elegir la decisión que menos distorsiones cause al mercado. En este sentido hay que destacar la importancia de los remedios estructurales, existentes en el derecho norteamericano e introducidos en la legislación comunitaria por medio del Reglamento N 1/2003. Se trata de la introducción de efectos pro-futuro, que deben ser analizados detalladamente antes de proceder a estos remedios, analizando el mercado o mercados a que se aplican.

En todas las legislaciones de competencia analizadas se observa una variedad de decisiones, de las cuales destacan las de cese de las infracciones, de imposición de multas, de medidas cautelares. Estas decisiones tienen todas las características de actos singulares administrativos que son vinculantes en su totalidad para sus destinatarios. Es notorio que las decisiones en derecho comunitario de defensa de la competencia aunque sólo poseen carácter individual, constituyen precedentes de gran importancia, puesto que la Comisión raras veces se aparta de ellas.

En algunas legislaciones de competencia (en la UE hasta la entrada en vigor del Reglamento N 1/2003, en España y Bulgaria) existen las decisiones con las cuales se concede autorización de determinadas conductas. Decidiendo sobre los acuerdos y prácticas exceptuables, las autoridades de defensa de la competencia deben hacer una evaluación detallada del supuesto concreto, considerando el impacto anticompetitivo, pero asimismo otros factores económicos y sociales. Recientemente, por medio del

Reglamento N 1/2003 en el derecho comunitario se ha sustituido el sistema de autorización con el sistema de excepción legal directamente aplicable, introduciendo la descentralización en el derecho comunitario de defensa de la competencia- los art.81 y 82 TCE se aplican en su totalidad,tanto por la Comisión como por las autoridades de los Estados miembros y los tribunales nacionales, lo que hace el sistema de defensa de la competencia comunitario más eficaz.En España y asimismo en Bulgaria se han hecho propuestas, en la misma dirección con este cambio del sistema a nivel comunitario, para eliminar el sistema de autorizaciones singulares y, siguiendo las directrices comunitarias, sustituirlo con un sistema de autoevaluación por las empresas, es decir, con el sistema de excepción legal: es ampliamente aceptado que la experiencia de los EE.UU ha demostrado que la denuncia y la persecución de las infracciones , es decir, el control ex post, es un modelo eficaz.

La misión de las autoridades de defensa de la competencia es poder valorar los aspectos de un conducta en su totalidad y variedad, valorando asimismo el conjunto de conductas en el mercado, para tomar las medidas necesarias preventivas, lo que exige una mayor discrecionalidad en la toma de decisiones por estas autoridades especializadas en materia antitrust.

15. Las sanciones varían según la cantidad de la multa prevista en la normativa correspondiente, la naturaleza de la infracción, el comportamiento de los infractores, etc...Con objeto de determinar las sanciones con más exactitud , en EE.UU se han elaborado las Sentencing Guidelines, que prevén varios tipos de multa o condenas de prisión para los asuntos criminales antitrust y en la UE existen las Guidelines of the Method of Setting Fines.En el derecho español de defensa de la competencia , el art.10.2 LDC prevé unos parámetros para calcular las multas , pero tal posibilidad no está prevista en la LDC de Bulgaria y esto abre las vías a la arbitrariedad en la imposición de sanciones.

Como es sabido, en el derecho norteamericano de defensa de la competencia se prevé la condena de cárcel para los casos de los delitos antitrust más graves, pero parte de la doctrina estadounidense se opone a estas medidas porque considera que el encarcelamiento no cumple de una manera adecuada las funciones preventiva y prohibitiva del antitrust.

16. Algunas autoridades de defensa de la competencia tienen atribuida la facultad de exculpar a algunas personas físicas o jurídicas en caso de que ofrezcan su cooperación sustancial en las investigaciones. Se han creado los llamados programas de clemencia que, gracias a la denuncia de un participante permiten llevar a cabo investigaciones sobre infracciones, difíciles de detectar con los métodos de investigación tradicionales, sobre todo en caso de cárteles.

Estos programas consiguen el objetivo de las investigaciones de una manera más eficaz porque los participantes en un acuerdo de cártel se exponen al riesgo de ser “traicionados” por sus propios colaboradores, que disponen de pruebas inculpatorias. Para que sea efectivo, dicho programa de exculpabilidad debe ofrecer unas alternativas predecibles y favorables para los colaboradores.

17. Es de gran importancia destacar que, a pesar de las amplias potestades ejecutivas de las autoridades de defensa de la competencia, su actividad debe buscar la cooperación voluntaria con las empresas, compatible con el interés público, con el fin de evitar distorsiones del mercado. En todas las legislaciones de competencia analizadas están previstos procedimientos de negociación con las empresas que pueden terminar con una decisión formal. En este último caso se debe precisar que las decisiones de establecimiento de compromisos en derecho de la competencia son actos administrativos, que se pueden aceptar como la forma en que se manifiestan la mayoría de los acuerdos informales que definen las relaciones entre los agentes de mercado y los Poderes Públicos. Los procedimientos negociados son más rápidos, más baratos y más efectivos, porque se evitan las confrontaciones y se busca una vía común para la consecución de los objetivos de las leyes antitrust y los agentes de mercado contribuyen al cumplimiento de las “reglas de mercado”, definidas por el derecho de defensa de la competencia. Además, de este modo las autoridades antitrust consiguen obtener más información sobre el mercado y las empresas para la consecución de sus objetivos.

18. La FTC y la Comisión Comunitaria tienen atribuida la potestad normativa, aunque es importante aclarar que los Reglamentos, dictados en materia de competencia por la Comisión se aprueban en méritos del art.212TCE, es decir, previa habilitación del Consejo. Y respecto a la FTC se debe destacar, que su poder normativo difiere sustancialmente del poder del Legislativo porque el legislador tiene atribuidos estos

poderes por la Constitución de los EE.UU y el poder delegado a una agencia como la FTC, que aprueba los Trade Regulation Rules, no puede ser más que un poder subordinado, secundario y limitado por la delegación.

La manifestación más importante de la potestad normativa de la Comisión Europea es la elaboración de Reglamentos de Exención por Categorías. Estos Reglamentos cumplen una función de balance entre los objetivos de la política de competencia y las demás políticas comunitarias, enunciadas en el Tratado, exceptuando de las reglas de competencia a determinadas conductas. Desde un punto de vista formal un REC establece un modelo de contratos (por ej. de distribución, de franquicia, etc...), enumerando las cláusulas autorizadas y las prohibidas y las empresas están obligadas a considerar este modelo cuando celebran un acuerdo, reservándose la Comisión y las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros retirar el beneficio de un REC por medio de decisión, si produce efectos incompatibles con los requisitos del art. 81.3 TCE en el territorio de la UE o respectivamente en el territorio de un Estado miembro o parte de él.

Conviene destacar que la facultad de la Comisión de aprobar REC plantea una distinción fundamental con las facultades normativas de la FTC, lo que se debe a la función específica que cumplen estos actos en el derecho comunitario de defensa de la competencia: se trata de exención de acuerdos que responden a los requisitos del art. 81.3, estableciendo un determinado balance de los objetivos económicos, políticos y sociales, establecidos en el Tratado. Así los REC son uno de los mecanismos destinados a establecer dicho balance entre la política de defensa de la competencia y las demás políticas comunitarias en el marco de los objetivos de la UE.

19. Todas las autoridades de defensa de la competencia analizadas realizan otras actividades relacionadas con la defensa de la competencia. Las más importantes son:

- tanto la FTC, como la Comisión Europea están encargadas con la misión de definir la política de competencia a seguir: se trata de una de las principales políticas públicas en relación con la distribución de poder económico, estableciendo las directrices para la actividad de los agentes de mercado,
- las autoridades de defensa de la competencia establecen recomendaciones- Advisory Opinions en el caso de la FTC, Business Review Letters en el caso de la División y varios tipos de cartas administrativas de la Comisión Comunitaria, que no tienen

carácter vinculante para las empresas que son sus destinatarios, pero son una vía práctica para evitar infracciones y futuros procesos antitrust. De esta manera se introduce más seguridad jurídica para las empresas y confianza en las instituciones de defensa de la competencia,

- las autoridades de defensa de la competencia establecen directrices- Industry Guides en el caso de la FTC o Guidelines en caso de la Comisión Europea. De especial interés son los citados actos de la FTC, que están destinados a informar sobre las actividades que la FTC considere impropias para la economía de libre mercado con el propósito de que las empresas abandonen voluntaria y simultáneamente dichas actividades. Las guías no tienen fuerza obligatoria o efecto vinculante, pero son un medio más flexible para la consecución de los objetivos de la política de competencia: por medio de estos actos los agentes de mercado pueden averiguar cual es el límite de sus actos o prácticas,
- los informes de las autoridades antitrust son muy útiles, porque contribuyen a que las empresas o los poderes públicos valoren las conductas en el mercado. Esta facultad es propia de la FTC, la Comisión Europea y en España desde 1999 ha sido trasladada del TDC al SDC, considerándose por parte de la doctrina que hay que devolver al TDC la facultad de elaborar informes en materia de desregulación y liberalizaciones,
- el TDC está autorizado a informar los proyectos o proposiciones de Ley, por los que se modifique o derogue la LDC, así como los proyectos de normas reglamentarias que la desarrollen, el SDC tiene atribuida la facultad de informar los anteproyectos de normas que afecten la competencia- una facultad más amplia de la del TDC y la autoridad de Bulgaria y asimismo el SDC están autorizados a someter al Gobierno las oportunas propuestas de modificación de las Leyes de defensa de la competencia correspondientes,
- todas las autoridades analizadas tienen atribuida la facultad de realizar trabajos y estudios en materia de competencia y realizan importantes funciones consultivas,
- la abogacía de la competencia ante otras autoridades públicas reguladoras, ante los poderes públicos y los juzgados, es una facultad importante de las autoridades de defensa de la competencia, que tiene los siguientes objetivos: eliminar las regulaciones costosas para la sociedad, no permitir el aumento de las regulaciones, minimizar las distorsiones en el proceso competitivo, cuando la regulación es

necesaria, asegurarse que la regulación está destinada a cumplir sus objetivos. Se trata de una actividad importante en relación con las liberalizaciones,

- en materia de defensa de los consumidores la FTC es la que más poderes tiene atribuidos. Se trata de una materia en estrecha relación con la defensa de la competencia y por esta razón es necesaria la existencia de unidades en los órganos de defensa de la competencia, encargadas con la defensa de los derechos de los consumidores, como en el caso de la autoridad búlgara,
- tanto la FTC, como asimismo la División tienen atribuidas potestades en materia de concentraciones económicas. En la UE esta actividad se lleva a cabo exclusivamente por la Comisión y en España y Bulgaria las autoridades de defensa de la competencia tienen atribuidas algunas funciones, correspondiendo la facultad decisoria al Gobierno.
- la materia de ayudas públicas es una parte importante de la política de defensa de la competencia, sobre todo en la UE, porque las ayudas son un instrumento para cumplir los objetivos del Tratado y por otra parte constituyen un punto de tensión entre los intereses comunitarios y nacionales. Existe una perspectiva común, según que los subsidios nacionales consisten en una amenaza para la competencia a nivel comunitario y nacional, pero pueden ser permitidas en caso de que existan otros objetivos predominantes para la cohesión, de índole económico y social. De este modo la Comisión es la que se encarga con la regulación de las ayudas públicas en el ámbito de la UE, con objeto de asegurar que los efectos negativos de las distorsiones de mercado, causadas por las mismas no excedan estos otros beneficios y objetivos. Por esta razón las autoridades nacionales de defensa de la competencia asumen pocas facultades en dicha materia,
- la FTC y la División están autorizadas para aplicar el derecho antitrust estadounidense para prevenir prácticas restrictivas de la competencia fuera de las fronteras de los EE.UU, cuando estas conductas afectan a los consumidores de los EE.UU o las importaciones de los EE.UU. En este sentido el año 1994 fué aprobada la International Antitrust Enforcement Assistance Act, que trata la asistencia de las autoridades extranjeras a la FTC.

Hay que destacar que una intensa actividad internacional en este ámbito de cooperación y asistencia mútua entre autoridades desarrollan la Comisión y todas las autoridades de sus Estados miembros (así como los países en proceso de adhesión a la

UE). La razón de esta necesidad de cooperación internacional en el área del antitrust es que los cambios estructurales en los mercados a escala internacional han llevado a la formación progresiva de mercados oligopolísticos. El derecho y las autoridades antitrust tienen que afrontar nuevos excesos de poder de mercado y equilibrar estos poderes (que no siempre se pueden separar nítidamente del poder político), considerando en todo caso las dos tendencias contradictorias: por cada movimiento de concentración de poder económico existe una contratendencia de descentralización, siempre en un marco espacio-temporal concreto. Así, estos poderes de mercado se manifiestan en regiones distintas y pueden tener efectos en varios Estados. Hay que recordar que los mercados oligopolísticos están representados por una compleja agrupación de empresas en relaciones diversas, que crean su “estrategia de mercado” y pueden crear un centro de poder estable. De este modo existe la posibilidad de crear un nuevo sistema de equilibrio de poderes, en otros niveles, que se interpone a las reglas de mercado, establecidas por las leyes antitrust. Esto justifica la elaboración de una estrategia antitrust a nivel internacional, en la elaboración de la que participa activamente la FTC, la División, la Comisión Europea y las autoridades de sus Estados-miembros., elaborando un proyecto de Ley Internacional de Defensa de la Competencia, que se espera realizar por medio de un acuerdo multilateral en el marco de la OMC.

20. Respecto al control sobre las autoridades de defensa de la competencia, en Estados Unidos el control político del Congreso y del Presidente sobre la FTC y la División es un control de los objetivos de estas autoridades, determinado por el principio de separación de poderes. En relación con este principio respecto a la política antitrust se observa, además, un incremento de las facultades de supervisión del Presidente sobre la FTC, a pesar de su configuración como Agencia Independiente y amplias facultades de control parlamentario sobre la División, que se encuentra en el aparato administrativo, subordinada al Presidente de manera que se establece un balance de “segundo nivel” entre el Legislativo y el Ejecutivo respecto a un área económica y política importante como la defensa de la competencia. El control judicial es un control sobre el mismo funcionamiento de estas agencias en la interpretación de las leyes y se considera un control “neutral”. A pesar de esto, en la doctrina norteamericana se ha insistido en el margen de discrecionalidad demasiado amplio con que se mueven las agencias, dictando decisiones y normas : de este modo el alcance del control judicial (tanto

respecto a la FTC como sobre a la División) está limitado por un fenómeno típico de los EE.UU: los tribunales demuestran una especial deferencia con las decisiones de las agencias. Esto se debe principalmente a dos razones: se trata de actos y normas, creadas por expertos en la materia, cuyos estudios son difíciles de revisar por jueces no especializados; además, en los EE.UU existe la tradición de no interferencia de los jueces en el Ejecutivo: una interpretación formalista del principio de separación de poderes.

De un modo semejante se puede constatar que a la Comisión Europea se le reconoce un margen de discrecionalidad a la hora de dictar actos en materia de defensa de la competencia y la consecuencia de dicha discrecionalidad es la deferencia del TJCE y el TPI respecto a las posturas de la Comisión. En este sentido se da una semejanza con la práctica estadounidense porque, además, las dos razones para la limitación del alcance del control jurisdiccional, enfatizadas en las sentencias del TJCE y el TPI son la división de poderes en el marco de la UE y el análisis económico específico que realiza la Comisión en asuntos de competencia. A pesar de la deferencia de los tribunales comunitarios, se dan casos recientes en los que el TPI se opone decididamente a las interpretaciones de la Comisión. Considero que es necesario un control efectivo sobre los actos de la Comisión en materia de competencia (y además, la creación de una sección especializada en la estructura del TPI con participación de jueces-expertos en materia de competencia), pero siempre en el contexto del objetivo de defensa de la competencia en el Mercado Común y no como una manifestación de deficiencias institucionales.

Respecto a las autoridades de defensa de la competencia en España, se puede resumir que sobre las dos instituciones de defensa de la competencia existe un control político del Ejecutivo, determinado sobre todo por la integración del SDC en la organización jerárquica del Ministerio de Economía y Hacienda y por la designación gubernamental de los miembros del TDC, así como por el control de eficacia, que ejerce el Consejo de Ministros sobre su actividad. En la doctrina se ha destacado que el Gobierno debe asegurar en última instancia que el TDC cumple la función encomendada, velando por la eficacia del ente: el Gobierno dirige y controla, en la medida establecida en las leyes, a las autoridades independientes, y de manera correlativa es el responsable político y administrativo de su correcto funcionamiento, no tanto de su funcionamiento ordinario, pero sí del gravemente dañoso o contrario a la

función legal que le corresponde. En la normativa española se prevén las formas ordinarias de control parlamentario sobre el TDC.

El control jurídico sobre el TDC se realiza en única instancia por la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la AN, cuyas sentencias son susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Hay que destacar que si la AN dicta una sentencia, declarando cometida una infracción tipificada en la LDC, su pronunciamiento debe limitarse sólo a la declaración: la decisión de cese, de imposición de sanciones o de otras medidas deben ser adoptadas por el TDC. El control sobre el SDC se realiza por el TDC: este control contribuye al establecimiento de un balance entre las dos instituciones, que ejercen las tareas de defensa de la competencia en España.

Sobre la autoridad de defensa de la competencia de Bulgaria se ha establecido un fuerte control parlamentario, cuyo grado de intensidad es equivalente al control del Congreso sobre la FTC en los EE.UU. Considero que es conveniente mantener este grado de control para reforzar la independencia respecto al Ejecutivo, porque en economías en vía de transición los peligros de capturas sobre el aparato burocrático se manifiestan más a menudo.

El control judicial sobre las decisiones de prácticas prohibidas se realiza por la Sala Quinta de la Corte Suprema Administrativa, especializada en casos antitrust y en casación por un Colegio o sección de cinco jueces de la misma Corte. Puesto que se trata de una materia nueva para los jueces en un mercado en transición, se puede constatar una confirmación mayoritaria de decisiones de la CDC. Esta deferencia de los jueces, que en principio desconocen la realidad económica en un mercado en transición, es una característica básica del control judicial sobre la actividad de la CDC. Considero que en el momento actual de desarrollo del mercado en Bulgaria es recomendable la no interferencia del Poder Judicial, por medio de un control intenso, anulando las decisiones de la CDC y actuando en contra de su autoridad, por la misma misión de esta institución de guiar y dirigir la política pública de la competencia.

21. Hay que destacar la autonomía financiera de autoridades como la FTC, TDC o la autoridad de Bulgaria, a diferencia de órganos como la División o el SDC. La principal fuente de sus ingresos son los ingresos públicos bajo el control del Parlamento (en los casos de la FTC, TDC y la autoridad de Bulgaria). De este modo se introduce un mecanismo indirecto de influencia sobre la actividad de estas autoridades.

Existen asimismo medios privados de financiación(en caso de la FTC y TDC) , que no tienen tanta importancia como los ingresos públicos y proceden sobre todo de tasas de notificación de operaciones de concentración y del patrimonio de las autoridades.

Finalmente debe afirmarse que los recursos de los órganos de defensa de la competencia deben ser suficientes por el alto grado de importancia de la materia antitrust y por la multidimensionalidad de sus funciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ABA - “Análisis of the Draft Competition Protection Act for the Republic of Bulgaria”, 29 de septiembre de 1998, disponible en www.abanet.org/ceeli/publications .
- ABA Report(Report of Commission to Study the Federal Trade Commission, 15 sept.,1969).
- Adewelt, R. “Organization and Operation of Antitrust Division”, 54 Antitrust L.J.71(1985).
- Adrián Arnaiz, A.J. y Quijano González, J. “Procedimiento de aplicación de las reglas sobre competencia de los artículos 81 y 82 del Tratado” en Velasco San Pedro, L.A.“Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas” , ed.LexNova, Valladolid, 2005.
- Alexandrov, S. y Petkov, L. “Paving the Way for Bulgaria’s Accession to EU”, 21 Fordham Int’l L. J.587(1997- 1998).
- Alonso Más, Mª José, "La solución justa en las resoluciones administrativas", ed. Universidad de Valencia, 2004.
- Alonso Soto, R. "Las recientes modificaciones de la LDC. La necesidad de la reforma y las principales novedades" en Beneyto Pérez, J.M. (dir.) “El nuevo derecho comunitario y español de la competencia”, ed.Bosch, Barcelona, 2002.
- Alonso Soto, R. “Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia.” en Beneyto Pérez, J.M.(dir.) en “Tratado de derecho de la competencia”, vol.I, ed.Bosch, Barcelona, 2005.
- Alonso Soto, R. Comentarios al Libro Blanco, disponible en [www.mineco/dgdc/sdc/Libro_Blanco/Ricardo % Alonso %20 Soto](http://www.mineco/dgdc/sdc/Libro_Blanco/Ricardo%20Alonso%20Soto) .
- Amato, G. “Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market”, ed. Hart Publishing, Oxford, 1997.
- Anderson, J. “Modification of Antitrust Consent Decrees”en 84Mich. L.Rev.134(1985-1986).
- Anderson, L. “U.S. v. Microsoft , Antitrust Consent Decrees and the Need for a Proper Scope of Judicial Review”, 65 Antitrust L.J.1(1996- 1997).
- Anderson, S. “Federal Trade Commission – What Is It and What Does It Do?” 4 S. D. L. Rev. 117(1959).

Angland, J. (dir.), "Antitrust Law Developements", vol. I, ed. American Bar Association, New York, 1997.

Anthony, D. "Which Agency Interpretations Should Bind the Court", 7 Yale J on Reg.1(1990).

Antitrust Division Manual, 3ra ed., 1998, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines .

Antitrust División, U.S. Departament of Justice, Corporate Leniency Policy, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines .

Antitrust División, U.S. Departament of Justice, Individual Leniency Policy, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines .

Araujo, M. y Escudero, A. "Prohibición de prácticas colusorias III: Restricciones verticales" en Beneyto Pérez, J. M. (dir.) "Tratado de derecho de la competencia", ed.Bosch, Barcelona, 2005.

Areeda & Kaplow "Antitrust Analisis: Problems, Text, Cases", 4a ed., ed.Little, Brown & Co., Boston, 1988.

Ariño Ortiz, G. y López de Castro García- Morato, L. "Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político", ed.Comares, Granada, 2001.

Ariño Ortiz, G. y López de Castro García- Morato, L. "Principios de Derecho Público Económico", 3ed., ed.Comares, Granada, 2004.

Arnold, T. "Antitrust Law Enforcement, Present and Future", L.&Contemporary Probl.7/1(1940).

Arpón de Mendívil y de Aldama, A. "La nueva regulación sobre concentraciones empresariales en España" en Beneyto Pérez, J. M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002.

Arruñada, B. "Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia" en Beneyto Pérez, J. M.(dir.) "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed.Bosch, Barcelona, 2002.

Arthur, T. "A Workable Rule of Reason: a Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts", 68 Antitrust L. J. 337,2000.

Arujo Boyd, M. "Comentario a la Ley 52/1999 de 28 de diciembre..." en Ortiz-Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid, 2000.

Attorney General's Committee on Administrative Procedure, Report 56, 1941.

Attorney General's Manual on APA, ed. Departament of Justice, Washington, 1947.

- Auerbach, C. "The Federal Trade Commission Internal Organization and Procedure", 48 Minn.L.Rev.383(1964).
- Avramov, R. y Antonov, V. "La transformación", 1994, disponible en www.aeaf.minfin.bg.
- Backstrom, J. Jr. "Criminal Investigations at the Antitrust Division", 54 Antitrust L.J. 201(1985).
- Baena del Alcázar, M. "Regulación jurídica de la intervención administrativa en la economía", Madrid, 1966.
- Baeva, I. "La transition bulgare 1989- 1995 dans le contexte historique", Revue d'Europe Centrale, 1996.
- Bailey, D. "Scope of judicial review under art. 81 EC", CMLR, vol.41, N 5.
- Baker, D. "The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging", 69Geo.Wash.L.Rev. 693(2001).
- Baker, D. "The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging", 69Geo.Wash.L.Rev. 693(2001).
- Baker, D. "To Indict or Not to Indict: Prosecutorial Discretion in Sherman Act Enforcement", 63 Cornell L.Rev. 405(1978).
- Baker, E. "Dissolution, Divestiture and Divorcement: Are They Remedies under Sec. 5 of the FTC Act?", 16 Adm. L. Rev.222(1963- 1964).
- Ball, H. y Friedman, L. "The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation: a Sociological View", 17 Stan.L.Rev.197(1965).
- Ballesteros Moffa, L. A. "La delimitación de las funciones normativa y administrativa en el orden comunitario. En particular, la decisión", Revista de Derecho Comunitario N 9, enero – junio 2001.
- Balto, D. "Antitrust Enforcement in the Clinton Administration", 9 Cornell J.L.&Publ.Pol'y 61(1999).
- Banco Mundial "Trade Reorientation and Productivity Growth in Bulgaria Enterprises", 1999, edición del Banco Mundial y disponible en www.econpapers.repec.org/paper/fbwbrwps.
- Baño León, J. M. "Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia", ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1996.
- Barlingen, B. "The European Commission's 2002 Leniency Notice after One Year of Operation", CPN N 2/ 2003.

Barnés Vázquez, J. (coord.) “La justicia administrativa en el derecho comparado”, ed. Civitas, Madrid, 1993.

Basedow, J. “Private Enforcement of art.81 EC: The German View” en Ehlermann, F. y Atanasiu, I. “European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law”, ed.Hart Publishing, Oxford, 2003.

Baxter, W. , entrevista 50 Antitrust L.J.151(1984).

Beckner III, F. y Salop, S. “Decision Theory and Antitrust Rules”, 67 Antitrust L. J.(2000).

Beckner, C. y Salop, S. “Decision Theory and Antitrust Rules”, 67 Antitrust L. J.41, 1999 .

Bell, B. “Uncovering Violations of Antitrust Laws: from Grand Jury Subpoena to Civil Investigative Demand”, 24 Geo.Wash.L.Rev.34(1955- 1956).

Bell, J. “Bulgaria in Transition: Politics, Economics, Society and Culture after Communism”, ed.Westview Press, 1998;

Bellamy C. y Child, Gr. "Derecho de la competencia en el Mercado Común", ed. Civitas, Madrid, 1992.

Bellamy, C. "Impact of the Proposed Reform on National Competition Law and Practice" en Stuyck, J. y Gilliams, H. "Modernization of National Competition Law", ed. Intersentia ,Oxford,2003 .

Beneyto Pérez , J. M. “Introducción” al “Tratado de derecho de la competencia”, vol.I, ed.Bosch, Barcelona, 2005.

Beneyto Pérez, J. M.(dir.) “El nuevo derecho comunitario y español de la competencia”, ed.Bosch, Barcelona, 2002.

Beneyto Pérez, J. M.(dir.) “Tratado de derecho de la competencia”, ed.Bosch, Barcelona, 2005.

Beneyto, J. “Ayudas públicas en España: el proyecto de reforma de la Ley 16/1989 en el contexto de la nueva normativa comunitaria”, GJUEC, octubre-noviembre 1999.

Bercovitz, A. “Acuerdos restrictivos de la competencia(art.81 TCE)” en Garrido Espá(dir.) “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE N 1/2003”, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Berenguer, L. “La Comisión completa el “paquete de modernización” en Casés Pallarés, L. (dir.) “Anuario de la competencia 2003”, ed.Marcial Pons, Madrid, 2004.

Berenguer, L. “Sistema de defensa de la competencia”,ed.Alternativas, Madrid, 2004.

Bermejo Zofío, F. "Procedimiento de conductas restrictivas ante el SDC(Título III de la Ley 16/89)" en Beneyto Pérez, J. M. "Tratado de derecho de la competencia"vol. II, ed.Bosch, Barcelona, 2005.

Bernstein, M. "Testimony before the Antitrust Subcommittee of the House Judiciary Comisión of Monopoly Problems in Regulated Industries", 1956 en Moreno Molina, A. M. "La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica", ed. BOE, Madrid ,1995.

Bétancor Rodríguez, A. "Las Administraciones Independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho", ed. Tecnos, Madrid, 1994.

Bétancor Rodríguez, A. "Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos" en Arana Muñoz, J. R. (dir.) "La Administración Pública española" , ed. INAP, Madrid, 2002.

Bevis, H. "Procedure in the Interstate Commerce Commission- a Study in Administrative Law", 1 U. Cin. L. Rev.241(1927).

BIBLIOGRAFÍA

Bikle, H. "Power of the ICC to Prescribe Minimum Rates", 36 Harv. Law Rev.5 (1922-1923).

Bingaman, A. "Antitrust Enforcement: Some Initial Thouths and Actions", conference, november 3, 1989, disponible en www.usdoj.gov .

Blake, S. y Schnichels , D. "Leniency Folowing Modernization: Safeguarding Eropé's Leniency Programmes", Competition Policy Newsletter N 2 de 2004.

Blau, P. y Scott, R. "Formal Organization", ed. Chandler, San Francisco, 1962.

Borchardt, K. D. "El ABC del derecho comunitario", disponible en www.europa.eu.int/eur-lex.

Borja, J. y Castells, M. "Local y global", ed.Taurus, Buenos Aires, 2004 .

Bork, R. "Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act", 9 J. L & Economics, 1966.

Bork, R. "The Antitrust Paradox: the Policy at War with Itself", ed.Free Press, New York, 1993.

Boudreaux, D., DiLorenzo, T.y Parker, St. "Antitrust before the Sherman Act" en McChesney, F.& Shughart III, W. "The Causes and Consequences of Antitrust", ed.Univ. of Chicago Press, 1995.

Brammer, S. "Concurent jurisdiction under Regulation N 1/2003 and the issue of case alocation", CMLR N 42/5, octubre, 2005.

Brandeis, L. "Other People's Money and how the Bankers Use It", New York, 1914.

Brennan, B. "Affirmative Disclosure in Advertising and Control of Packaging Design under the FTC Act", 20 Bus. L. Rev.133(1964-1965).

Breyer, St. "Judicial Review of Questions of Law and Policy", 38 adm. L. Rev.363(1986).

Breyer, St. y Stewart, R. "Administrative Law and Regulatory Policy: problems, text and cases", 3a ed., ed. Little, Brown & Co., Boston, 1992.

Brown, N. y Burns, J. "Antitrust violations", 37 Am.Criminal L.Rev.163(2000).

Bruff&Gellhorn "Congressional Control of Administrative Regulation: a Study of Legislative Vetos", 90 Harv.L.Rev.1369(1977).

Bruff, H. "Presidential Power and Administrative Rulemaking", 88 Yale L.J.451(1979).

Bruff,H."Presidential Management of Agency Rulemaking", 57 Geo.Wash.L.Rev.533(1989).

Burrus, B. y Teter, H. "Antitrust: Rulemaking v. Adjudication in the FTC", 54 Geo. L. J. 1106(1966).

Bursazki, S. "La ocupación y el desempleo en el proceso de estabilización"(1992): www.minfin.bg.

Byse, G. "Judicial Review of Administrative Interpretation of Statutes: an Análisis of Chevron's Step Two", 2 Adm. L. J.255(1988).

Calviño, N. "Cárteles: análisis y valoración de sus efectos" en Cases, L.(dir.) "Anuario de la competencia 2003", ed.Marcial Pons, Madrid, 2004.

Calviño, N. "El Reglamento N 139/ 2004: Novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones" en Casés, L.(dir.) "Anuario de la competencia 2003", ed.Marcial Pons, Madrid, 2004.

Calvo Caravaca , A. L. y Carrascosa González, J. "Mercado único y libre competencia en la UE", ed. Colex, Madrid, 2003.

Calvo Caravaca, A. L. y Canedo Arrillaga, M J. "Comentarios al Libro Blanco de la Comisión sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 TC en relación con el principio "non bis in idem" en Calvo Caravaca, A. L. y Blanco-Morales Limones, P. "Derecho Europeo de la competencia" ed. Colex, Madrid, 2000.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. "Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea", ed.Colex , Madrid, 2001.

Calvo Caravaca, A. L. y Morales Limones, P. B. "Derecho europeo de la competencia", ed. Constitución y Leyes, Madrid, 2000.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. “El derecho europeo de la competencia: objeto, fuentes y sistemática” en Calvo Caravaca, A.L. y Morales Limones, P.B. “Derecho europeo de la competencia”, ed.Colex, Madrid, 2000.

Carlton, D. y Perloff, J. “Modern Industrial Organization”, ed.Addison- Wesley, Mass.

Carretero Pérez, A. “Comentarios a la Ley de 20 de julio de 1963 de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia”, RDAF N 9, 1964.

Cases Pallarés, L. "Derecho administrativo de la defensa de la competencia", ed Marcial Pons, Madrid, 1995.

Castells, M. “La era de la información”, ed.Alianza, Madrid, 2001.

Center for Economic Development :Kamenova, Ts. “The Investment Programme of the Bulgarian Government” , Vassilev, J. “Foreign Investment as a Renovation Factor for Bulgarian Economy” y Descamps, O., EBRD“Coment” en “Factors for Economic Growth in Bulgaria”, Conference, Sofia, 25.01.1999, ed.Center for Economic Development, Sofia, 1999.

Chobanova, R. “Information Society Development in Bulgaria”, ed.Bulgarian Academy of Sciences, Sofia, 2003.

Chukalev, G. “La inflación en Bulgaria después del Currency Board.Análisis de los factores”, 2000, disponible en www.aeaf.minfin.bg.

Clark, J. “Civil Non- Merger Investigation and Enforcement Procedures at the Antitrust Division”, 54 Antitrust L.J.195(1985).

Coffee, J. “Corporate Crime and punishment: a Non- Chicago View of Economics of Criminal Sanctions”, 17 Am.Criminal L.rev. 419(1980) .

Comella Dorda, R. “Límites del poder reglamentario en el Derecho Administrativo de los EE.UU.”, ed. Cedex, Barcelona, 1997.

Comisión de Defensa de la Competencia de Bulgaria. Informe Annual de la Comisión de Defensa de la Competencia de Bulgaria de 2003, disponible en www.cpc.bg .

Comisión de Defensa de la Competencia de Bulgaria. Memoria del año 2003 disponible en www.cpc.bg .

Comisión Europea “Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales” disponible en www.europa.eu.int/comm.

Comisión Europea “Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea”, Bruselas, 2004.

Comisión Europea “Programa de la Comisión N 99/027”, Bruselas, 28.04.1999.

Comisión Europea, “XXXIII Informe sobre la política de competencia, 2003”, Luxemburgo, 2004.

Concepción Rodríguez, J.L., Bayón Cobo, R.G. y Rodríguez Vega, L. “Coordinación entre las tribunales, la Comisión y las autoridades nacionales en la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE” en Garrido Espá, L.(dir.) “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento(CE) N 1/ 2003”, ed.Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Conings, J. “Job Creation, Job Destruction and Employment Growth in Newly Established Firms in Transition Countries: Survey Evidence from Romania, Bulgaria and Hungary”, J. of Comparative Economy, vol.26, sept.1998.

Cooke, J. D. “Application of EC Competition Rules by National Courts”, “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference – Bruselas, 09 – 10. 03. 2005, disponible en www.ibanet.org/conferences .

Cooper, H. “Ammendments to U.S. Sentencing Guidelines – Antitrust Penaltys Likely to Increase; Guidelines Advisory Status Unchanged”, disponible en www.antitrustlawblog.com/article .

Cornfeld, R. “New Approach to an Old Remedy: Corrective Advertysing and the FTC”, 61 Iowa L. Rev.693(1975- 1976).

Corvin, D. “T.Arnold and the Antitrust Laws”, Pol.Science Q.58/3, sept.1943.

Crespo Carrillo, J. F. “Los poderes de investigación de la Comisión Europea y los derechos fundamentales”, Derecho de los negocios N 1, octubre 1990.

Creus Carreras, A. (dir.) “Código de derecho de la competencia”, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.

Creus, A. y Amador, O. “Procedimiento administrativo ante la Comisión Europea y control jurisdiccional del TJCE” en Beneyto Pérez, J. M. “Tratado de derecho de la competencia”, vol. II, ed. Bosch, Barcelona 2005.

Croizier, J. “L´ offensive de la CEE contre les Aides nationales”, ed.Apogée, Rennes, 1993.

Cruz Ferrer, J. "Principios de regulación económica en la Unión Europea", ed. Instituto de estudios económicos, Madrid 2002.

Cuchillo Foix, M. “Jueces y Administración en el federalismo norteamericano: el control jurisdiccional de la actuación administrativa”, ed. Civitas, Madrid, 1996.

Curran, A. “Antitrust Sentencing- the Defense Lawyer’s View”, 47Antitrust L.J. 707(1978).

Cushman, R. "The Independent Regulatory Commissions", ed. Octagon Books, New York, 1972.

Dabney, S. "Antitrust Consent Decrees: How Protective an Umbrella", 68 Yale L.J.1391(1958- 1959).

Daniels, W. "Judicial Review of the FactFindings of tne FTC", 14 Wash. L. Rev.37(1939).

Davis, K. C. y Pierce, R. "Administrative Law Treatise", 3a ed., ed. Little, Brown & Co. , New York, 1994.

Davis, K. C."Administrative Law: text, problems, cases", 6th ed., ed.West Publ. Co., St.Paul, Minn., 1977.

Davis, K.C. "Administrative Law Treatise", ed.K.C.Davis Publ.Co., San Diego, 1978.

Davis, K.C. "Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry", ed. University of Illinois Press , 1969.

Davis, K.C. "Presidential Control of Rulemaking", 56 Tul.L.Rev.849(1981-1982).

Decker, R. "The Civil Investigative Demand", 21 ABA Antitrust Section 373(1962).

Dekeyser, K. "The European Competition Network", "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference – Bruselas, 09 – 10. 03. 2005, disponible en www.ibanet.org/conferences.

Dekeyser, K. y Dalheimer, D. "Cooperation within the ECN" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 09 – 10 .03.2005 , Bruselas, disponible en www.ibanet.org/conferences .

Demsetz, H. "La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos", Alianza Editorial, Madrid, 1986.

Diamond, R. "What Business Thinks: The Fortune 500- Yankelovich Survey", Fortune, Jan. 1970.

Díaz Estella, F. "Los objetivos del derecho antitrust", GJUEC N 224/ 2004.

Dimitrov, L. "El desempleo en Bulgaria: 1991- 1993"(1994): www.minfin.bg.

Dirlam&Kahn "Fair Competition: the Law and Economics of Antitrust Policy", ed. Greenwood Press, Newport, Connecticut, 1970.

Dirlam&Kahn "Fair Competition:The Law and Economics of Antitrust Policy", ed.Greenwood Press, Connecticut, 1954.

Dixon, P. "FTC Advisory Opinions", 18 Adm. L. Rev.65(1965- 1966).

Dixon, P. "Recent Changes in Organization and Procedure of the FTC", 19 A.B.A.Antitrust Section 252, 1961.

Douglas, W. “We, the Judges: Studies in American and Indian Constitutional Law from Marshall to Mukherjee”, ed. Garden City, New York, 1956.

Draganov, D. “La transición búlgara hacia la democracia” en Girón, J.(ed.) “La transición democrática en el centro y este de Europa”, Tomo II, ed. Univ. de Oviedo, 1997.

Dutz, M. y Vagliasindi, M. “Competition Policy Implementations in Transition Economies: an Empirical Assesment” ,en la página web del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo- www.ebrd.com.

Easterbrook, F. “The Limits of Antitrust”, 63 Tex. L. Rev.1, 15(1983).

Easterbrook, F. “The Supreme Court 1983:Foreword : the Court and The Economic Sistem”, 98 Harv.L.Rev.4(1984).

Eastman, J. “The Place of the Independent Commissions”, 12 Const. Rev.95, 100-101(1928).

Echevarría Pérez, A. “Los poderes de investigación de la Comisión en materia de defensa de la competencia: la necesidad de respetar las garantías de procedimiento, previstas en el derecho nacional”, La Ley, año IX, N 59, octubre 1990.

Eekhoff, J. “Preface” en Eekhoff, J.(dir.) “Competition Policy in Europe”, ed.Springer, Berlin, 2004.

Ehlerman, F. y Atanasiu, I. “The Modernization of EC Antitrust Law: Concecuences for the Future Role and Functions of the EC Courts” 23 ECLR, 2002.

Ehlermann, C. D. y Atanasiu, I. “European Competition Law Anual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law”, ed.Hart Publishing, Oxford, 2003.

El País, 29 de septiembre de 2004 - “Crisis en la nueva Comisión Europea por la designación de la responsable de competencia”.

Elman, P. “Agency Decision- Making Adjudication by the Federal Trade Commission”, 19 Food Drug Cosm. L. Q. 508(1964) .

Embajada de España en Sofía “Guía de inversiones- 2005”, disponible en www.icex.es/staticFiles .

Escudero,A., Ferrer, R., García, J.A., Rincón, R. , Sopena, V., Zuelco, T. “Apuntes de derecho de la competencia comunitario y español”, ed.Dykinson, Madrid, 2002.

Farina, S. “Undoing the New Deal through New Presidentialism”, 22 Harv.J.L.&Pupl.Po.227(1998).

Federal Trade Commission 75th Aniversary Simposium, 58 Antitrust L. J. 797, 1989.

Fernández de la Gándara, L. "Fundamentos del derecho mercantil", ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Fernández Fábrega, A. "Los procedimientos ante el TDC" en Beneyto Pérez, J. M.(dir.) "Tratado de derecho de la competencia", ed.Bosch, Barcelona, 2005.

Fernández Farreres, G. "El régimen de las ayudas estatales de la Comunidad Europea", ed.Civitas, Madrid, 1993.

Fernández López, J.M. "Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia.Apuntes al proyecto de ley de reforma parcial ", GJUEC N 204, diciembre, 1999.

Fernández López, J.M. "Los juzgados de lo mercantil ante el derecho comunitario de la competencia" en Casés Pallarés, L.(dir.) "Anuario de la competencia 2003", ed.Marcial Pons, Madrid, 2004.

Fernández Ordóñez, M. A. "La competencia", ed.Alianza Editorial, Madrid 2000.

Fernández Ordóñez, M. A. "La política de competencia en España", "Papeles de economía española", N 100/2004.

Fernández-Lerga Garralda, C. "Derecho de la competencia", ed. Aranzadi, Pamplona, 1994.

Ferrer Fembaud, L. "Principios de la potestad sancionadora y del procedimiento administrativo sancionador en el derecho de la competencia español" en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", vol. III, ed. Dykinson, Madrid, 2000.

Ferrer Ramírez, R. "Modernización de la aplicación del derecho comunitario de la competencia: hacia un nuevo reglamento de procedimiento" en Ortíz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", vol. III, ed. Dykinson, Madrid, 2002.

Fingleton, J. "The Application of Economics in Court" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 09 – 10.03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

First Hoover Commission Task Force Report(Comm. of Organization of the Executive Branch of the Government Task Force Report on Regulatory Commissions(1949)).

Flores, G. y Luengo, F. "El desafío de la ampliación hacia el este de la Unión Europea", Economía Industrial N 344/ 2004.

Folguera Crespo, J., Gutierrez Fernández, A y otros "Legislación sobre Derecho de la Competencia español y comunitario", ed. Civitas, Madrid, 2003.

Fox, E. "Competition Policy and Eastern Europe: the Bulgarian Project as a Case Study", 60 Antitrust L.J.243(1991- 1992).

Fox, E. "Extraterritoriality and Antitrust- is Reasonableness the Answer?", en Hawk, B.(ed) "US and Common Market Antitrust Policies", ed. Matthew Bender, New York, 1987.

Fox, E. "Industrial Concentration and the Market Sistem: Legal, Economic, Social and Political Perspectives", ed.ABA, Chicago, 1979.

Fox, E. "The New American Competition Policy: from Antitrust to Pro-effitiency", 2 ECLR439, 1981.

Fox, W. "Understanding Administrative Law", 2ed., ed. Matthew Bender, New York, 1995.

Friedberg, J. y Zaimov, B. "Politics, Environment and the Rule of Law in Bulgaria", 4 Duke J.Comp.&Int'l L.225(1993- 1994).

Friendly, H. "The Federal Administrative Agencies: the Need for Better Definition of Standarts", Harvard Univ. Press, Cambridge, 1962.

FTC Operating Manual 2000.

Fuchs, R. "Prerequisites to Judicial Review of Administrative Agency Action", 51 Ind. L. J. 817, 859- 911(1976).

Fuente Pascual, Félix de la "Glosario jurídico – político de la Unión Europea", ed. Tecnos, Madrid, 2002.

Galán Corona, E. "Acuerdos restrictivos a la competencia" , ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

Galán Corona, E. "Notas al Reglamento 1/2003 de aplicación de las normas de competencia", Revista de Derecho Comunitario Europeo N 15/ 2003.

Galán Juarez, M. "Relación entre el derecho nacional y el derecho comunitario de la competencia" en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", vol.II, ed. Univ.Rey Juan Carlos, Madrid, 2000.

Galbraith, J. K. "Capitalismo Norteamericano", ed.Agora, Buenos Aires, 1955.

MacLaurin, W. "Invention and Innovation in the Radio Industry",ed. Macmillan, New York, 1949.

Galbraith, J.K. "La economía del fraude inocente", 2a ed., ed.Crítica, Barcelona, 2004.

García de Enterría, E. y T.R. Fernández, "Curso de derecho administrativo I", 11^{ma} edición, ed. Civitas, Madrid, 2002.

García Loygorri, A. “El procedimiento de atribución de competencias en la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las CC.AA en Materia de Defensa de la Competencia”, GJUEC, N 234, noviembre- diciembre, 2004.

García Margallo y Marfil, J. M. y Asturias, C. “El Libro Blanco desde la perspectiva del Parlamento Europeo” en Beneyto Pérez, J. M.(dir.) “El nuevo derecho comunitario y español de la competencia”, ed.Bosch, Barcelona, 2002.

Garrido Espá, L. “Los Tribunales del orden civil y el Reglamento N 1/ 2003” en Garrido Espá, L.(dir.) “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento(CE) N 1/ 2003”, ed.Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Garrido Espá, L.(dir.) “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento(CE) N 1/ 2003”, ed.Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Garrido Ruiz, F. "Novedades aportadas por el nuevo Reglamento N 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencias previstas en los arts. 81 y 82 TCE, GJUEC, mayo/junio 2004.

Garrigues, J. “La defensa de la competencia mercantil”, ed.Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.

Gauer, C. “Due Process in the Fase of Divergent Nacional Procedures and Sanctions” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 09 – 10.03.2005,Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences.

Gauer, C., Kjolbie, L. y De Smitjer, E. “Modernization and Reforms of Competition Rules Now Launched: the Way Ahead” CPN N 2/ 2004.

Gellhorn, E. “Antitrust Law and Economics in a Nutshell”, ed. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1981.

Gellhorn, E.y Kovacic, W. “Antitrust and Economics in a Nutshell”, ed. West Publishing, St. Paul, Minnessota, 1994.

Gellhorn, W. , Byse, K. y Strauss, P. “Administrative Law: cases and Comments”, 7th ed., ed.Foundation Press, Mineola, New York, 1979.

Giadzidis, E. “An Introduction to Post- Communist Bulgaria: Political, Economic and Social Transformation”, ed. Manchester University Press, 2002.

Gil Ibáñez, J.L. “La Comisión y la aplicación del derecho comunitario de la competencia” en Garrido Espá, L. “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento CE N 1/ 2003, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

- Gilchrist, J. y Deacon, D. "Curbing Subsidies" en Montagnon, P. "European Competition Policy", ed. Pinter, London, 1990.
- Giraud Torres, A. "Derecho administrativo de la competencia: jurisprudencia y legislación", ed. BOE, Madrid, 1999.
- Gómez-Reino y Carnota, E. "El arbitraje administrativo en derecho de la competencia" en RAP N° 162 de 2003.
- Gómez-Reino y Carnota, E. "Código de defensa de la competencia", ed. BOE, Madrid, 1999.
- González Díaz, F. E. y Carpi Badia, J. M. "La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en el ordenamiento comunitario y español" en Beneyto Pérez, J. M. "Tratado de derecho de la competencia", vol.I, ed.Bosch, Barcelona 2005.
- González García, J.V. "El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de Norteamérica", ed.Mc Graw Hill, Madrid, 1996.
- González Navarro, F. "La regulación de los procedimientos administrativos en la Ley de Defensa de la Competencia", RJN N° 9, 1990.
- Goyder, D. "EC Competition Law", ed. Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Goyder, D. "EEC Competition Law", ed.Clarendon Press, Oxford, 1988.
- Gray, Ch. Y Yanachkov, P. "Bulgaria's Evolving Legal Framework for Private Sector Development", 27 Int'l L.1091(1993)
- Green, M.(ed.) "The Closed Enterprise Sistem", ed.Center for the Study of Resp. Law, Washington D.C., 1971.
- Griffin, J. "A Modern Leniency Program After Ten Years", disponible en www.usdoj.gov/atr/speeches .
- Griffin, J. "Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Law", 67 Antitrust L.J.(2000)
- Guillen Caramés, J. "Libre competencia y Estado autonómico", ed.Marcial Pons, Madrid, 2005.
- H.P.Report 1142, 64d Congress, 2d Session 19, 1914.
- Hammond, D. "Cornerstones of an Effective Leniency program", disponible en www.usdoj.gov/atr/speeches .
- Hammond, S. "An Overview of Recent Developements In the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program", 10.01.2005, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/speeches;

Hammond, S. "The Antitrust Sentencing in the Post-Booker Era: Risks Remain High For Non-Cooperational Defendants", 03.30.2005, consultar en www.usdoj.gov/atr/public/speeches.

Hammond, S. "When Calculating the Costs and Benefits of Applying for Corporate Amnesty: How do You put the Price Tag on an Individual Freedom?", Address at the 15th Annual National Institute on White Collar Crime 2(08.03.2001), disponible en www.usdoj.gov/atr/public/speeches.

Handbook on Antitrust Grand Jury Investigations, ed. ABA Section on Antitrust Law, 2d ed., 1988.

Handler, H. "A Study of the Construction and Enforcement of the Federal Antitrust Laws", TNEC Monogr.38, 1941.

Held, D., Mc Grew, A., Goldblatt, D., Perraton, J. "Transformaciones globales", ed.Oxford Univ.Press, 2002.

Hernández de Madrid, G.L. "Coexistencia de dos derechos de la competencia: la facultad de retirada de exención comunitaria por los Estados miembros" en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", vol. III, ed. Dykinson, Madrid, 2002.

Hierro, L. "Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y principios reguladores del procedimiento" en REDA, nº 71/1991.

Hodges, E. "The Work of the Complaint's Section of Antitrust Division", 7L.&Contemp. Probs.90(1940).

Hoekman, B. y Djankov, S. "Competition Law in Bulgaria after Central Planning", Antitrust Bulletin, New York, spring, 2000, vol.45, Iss.1.

Hofstadter, R. "What Happened to Antitrust Movement?" en "The Paranoid Style in American Politics and Other Essays", ed.Knopf, New York, 1965.

Holmes, W. "Antitrust Law Handbook", ed. CDC, Darfeeld, 1994.

Hovemkamp, H. "State Antitrust in the Federal Scheme", IND. L. J. 58, 3, 1983.

Hovenkamp, H. "Antitrust Policy, Federalism, and the Theory of the Firm:an Historical Perspective", 59 Antitrust L. J. 75, 1990.

Howe, W. Jr. "Recent Antitrust Developments: Civil Investigative Demand – Needed Weapon or Undue Power for Prosecuting Agencies", 37 Wash.L.Rev.278(1962).

Hylton, K. "Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution", ed. Cambridge University Press, 2003.

Hylton, K. y Salinger, M. "Tying Law and Policy: a Decision- Theoretic Approach", 69 Antitrust L. J. 351(2001).

Illescas, R. "El campo de aplicación del Derecho de la Competencia.Los instrumentos jurídicos de la aplicación" en Beneyto Pérez, J. M. "Tratado de derecho de la competencia", vol.I, ed.Bosch, Barcelona, 2005.

Ilundáin Fantova, S. "Leniency: la política de exoneración del pago de las multas en derecho de la competencia", ed. Univ. San Pablo - CEU, Madrid, 2002.

Iskrov, I. "Remarks" by the Governor of Bulgarian National Bank at the American Chamber of Commerce Meeting, 20 de enero de 2004, Sofia: www.bnb.bg .

Jacobs,F. y Deisenhoffer,T. "Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective" en Ehlerman,C. D. "European Competition Law Annual", ed. Hart Publishing, Oxford, 2003.

Jaffe, J. "Judicial Review: Substantial Evidence on the Whole Record", 64 Harv. L. rev. 1233(1951).

Jiménez González, J.L. y Campos Méndez, J. "Efectos de la descentralización de la política de defensa de la competencia", ed.Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2004.

Joliet, R. "The Rule of Reason in Antitrust Law", ed.Martinus Nijhoff, La Haye, 1967.

Jones, A. y Sufrin, B. "EC Competition Law: text, cases and materials", ed. Oxford University Press, Oxford, 2001.

Jones, D. "Democratization and Women's Employment Policy in Post- Communist Bulgaria", 12 Comm.J.Int'l L.9(1996-1997).

Jones, D. "The Bulgarian Labor Market in Transition", 130Int'l Lab.Rev.211(1991).

Kadish, S. "Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic", 30U.Chi.L.Rev.423(1963).

Kaplan, F. "Decision Theory and the Fact Finding Process", 20 Stan. L. Rev. 1065(1968).

Kaslow, A. "Eastern Europe One Year Later: Massive Economic Transformance Now Under Way", ed.Europe, Washington, 1990.

Katzman, R. "Regulatory Bureaucracy: the Federal Trade Commission and Antitrust Policy",ed.MIT Press, Cambridge,Massachusetts, 1980.

Kauper, T. "Cease and Desist: the History, Effect and Scope of Clayton Act orders of FTC", 66 Mivch. L. Rev., 1095(1967- 1968) .

Kerns, M. "Criminal Sentencing in Antitrust Cases", 13 Loy.U.Chi.L.J.986(1981-1982).

Kerse, C. S. "EC Antitrust Procedure", ed. Sweet & Maxwell, London, 1998.

Kerwin, K. "Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy", ed. CQ Press: A Division of Congressional Quarterly Inc, Washington D.C., 1994.

Klein, J. "The War Against International Cartels: Lessons from the Battlefield", www.usdoj.gov/atr/speeches .

Knapp, S. "Commercial Speech, the FTC and the First Amendment", 9 Man. St. U. L. Rev.1(1978-1979).

Knitner, E. "Scope of FTC Orders in Price Discrimination Cases", 14 Bus. L. Rev. 1053(1958- 1959).

Knitner, E. "The Legislation History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes", New York, 1978.

Knitner, E., Smith, C. y Goldston, D. "The Effect of Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 on the Federal Trade Commission's Rulemaking and Enforcement Authority", 58 Wash. U.L.Q.847(1980).

Kobayashi, B. "Antitrust, Agency, and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of Antitrust Laws against Corporations", 69Geo.Wash.L.Rev.715(2000- 2001).

Kohen "A Flight Over Independence", National J., Dec.31, 1997.

Korah, V. "An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice", 8va edición, ed.Hart Publishing, Oxford ,2004.

Korah, V. "An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice", 7 edición, ed. Hart Publishing, St Paul, Minn., 2000.

Korah, V. "Cases and Materials on EC Competition Law", 2 edición, ed. Hart Publishing, St Paul, 2001.

Korah, V. "Introducción al Derecho y Práctica de la Competencia en la CEE", ed. Ariel, Barcelona 1988.

Korn, J. "The Power of Separation: American Constitutionalism and the Myth of Legislative Veto", cit. en "A Guide to Federal Agency Rulemaking", disponible en [http:// www.abanet.org/adminlaw/conference/2003](http://www.abanet.org/adminlaw/conference/2003) .

Kovacic, W. " The Federal Trade Commission and Congressional Oversight of Antitrust Enforcement", 17 Tul. L. J. 587(1981- 1982).

- Kovacic, W. "Comments and Observations – the Sherman Act", 59 Antitrust L. J. 115,1990.
- Kovacic, W. "Congress and the Federal Trade Commission", 57 Antitrust L. J. 869(1988).
- Kovacic, W. "The Quality of Appointments and the Capability of the FTC", 49 Adm. L. Rev. 915(1997).
- Kovaicic, W. "Public Choice and Origins of Antitrust" en McChesney, F.& Shughart III, W. "The Causes and Consequences of Antitrust", ed.Univ. of Chicago Press, 1995.
- Kraakman, R. "Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls", 93 Yale L.J.857(1984).
- Krastev, R. "Libre comercio y proteccionismo.La competencia como factor antiinflación", 1998, disponible en www.aeaf.minfin.bg/cms/docs/bg/izdania .
- Kroes, N. "European Competition Policy- Delivering Better Markets and Better Choices", discurso de 15 de septiembre de 2005, disponible en www.europa.eu.int/comm/speeches .
- Kroes, N."Regulating for Competition and Growth", 17.02.2005, www.europa.eu.int/comm/speeches y discurso de Kroes, N. de 06.06.2005, www.europa.eu.int/comm/speeches .
- Kuran, T. "Legitimation from the Top to Civil Society: Político- Cultural Change in Eastern Europe", World Politics, vol.44, N°1, 1991.
- Lande, R. "Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged", 34 Hastings L. J.65, 1982.
- Lang, J. "Legislative History of the FTC Act", 13 W. L. Rev.6, 1974.
- Lawson, G. "Federal Administrative Law", ed. West Publishing, St. Paul, Minn., 1998.
- Lawson, G. "The Rise and Rise of the Administrative State",107 Harv. L. Rev.,1994.
- Lemke, W. "Souped up Affirmative Disclosure Orders of the FTC", 4 U. Mich. J. L. 180(1970- 1971).
- Lemke, W. "The Federal Trade Commission's Use of Investigational Subpoenas", 1 L. U. Chi. L. J. 15(1970).
- Lenaerts, K. "Modernization of the Application and Enforcement of the European Competition Law – an introductory overview" en Stuyck, J. y Gilliams, H. "Modernization of European Competition Law", ed. Intersentia, Oxford, 2002.

León Jiménez, R. “Los derechos fundamentales de las empresas en el procedimiento de competencia comunitario” en Ortiz Blanco, L. “Derecho de la competencia europeo y español”, ed. Dykynson, Madrid, 1999.

Letwin, W. “Congress and the Sherman Antitrust Law:1887-1890”, U. Chi. L. Rev. 23, 1956.

Letwin, W. “Law and Economic Policy in America: the Evolution of the Sherman Antitrust Act”, ed. Edinburg U.P., 1967.

Lewin, J. “The Conduct of Grand Jury Proceedings in Antitrust Cases”, 7 Law&Cont.Probs.136(1940).

Litvack, J. “Consent Decrees in Government Civil Antitrust Action”, 9 N.Y.L.F.181(1963); “Flexibility and Finality of Antitrust Consent Decrees”, 80Harv. L. Rev.1303(1966-1967).

Litvack, S. “Government Antitrust Policy: Theory v. Practice and the Role of Antitrust Division”, 60 Tex..Rev. 649(1981- 1982).

Litvack, S. “Report from the Antitrust Division”, 49 Antitrust L.J.1073(1980).

Lowe, Ph., Director general de la DG Competencia de 25.01.2005, www.europa.eu.int/comm/speeches.

Madison, J. “The Federalist” Nº 48, ed. The Modern Library, New York, 1787.

Manchev, Ts. “Financial Sector in the European Union Accession Process”, Conference, 09-11.02.22005, Plovdiv, disponible en www.bnb.bg.

Manchev, Ts. “Presentation”, Adam Smith Seminar “2005 and Beyond: World Economic Prospects”, 28- 29.06.2004, Thun, Swiza disponible en www.bnb.bg.

Manzanedo Mateos, J.A. "El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español", ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1968.

Marcus, P. “The Big Antitrust Case in the Trial Courts”, 37Ind.L.J.51(1961).

Martín Laborda, A. R. “Libre competencia y competencia desleal”, ed. La Ley, Madrid, 2001.

Martínez Lage, S. y Brokelmann, H. “El Nuevo tratamiento de las restricciones verticales en el derecho de la competencia comunitario” en Beneyto Pérez, J. M.(dir.) “El nuevo derecho comunitario y español de la competencia”, ed.Bosch, Barcelona, 2002.

Martínez Lage, S. “Cambio de cultura: aprobada, al fin, la reforma de las normas de aplicación de los arts.81 y 81 TCE”, GJUEC N 223, enero- febrero, 2003.

Martínez Lage, S. "Editorial: la aplicación del Derecho de la competencia por las Comunidades Autónomas: delimitación competencial", GJUECN 218, marzo- abril, 2002.

May, J. "The Role of the States in the First Century of the Sherman Act", 59 Antitrust L. J. 93, 1990.

Mayer, F. "Settlements Procedures At the FTC", 37 Antitrust L.J.261(1967- 1968).

McCraw, T. "Prophets of Regulation", ed.Belknap, Cambridge, Mass., 1984.

McDavid, J., Sankbei, W., Schmidt, E., Brett, B. "Antitrust Consent Decrees: Ten Years of Experience Under the Tunney Act", 52 Antitrust L.J.883(1983).

McGrath, P., entrevista, 53 Antitrust L.J.27(1984).

McNeil, J. "'Extraterritorial Antitrust Jurisdiction:Continuing the Confussion in Policy, Law and Jurisdiction", 28 Cal.W. Int'l.L. J. 425(1998).

Medinger, J. "Antitrust Leniency Programs: a Call for Encreased Harmonization as Proliferating Programs Undermine Deterrence", 52 Emory L.J.439(2003).

Medrano Irazola, S. "El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideración del debate y contribución a la búsqueda de soluciones", GJUEC N 210, noviembre – diciembre 2000.

Menéndez Rexach, E. "Comentarios que suscita la reforma desde el punto de vista de los jueces" en Beneyto Pérez, J. M.(dir.) "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed.Bosch, Barcelona, 2002.

Merkel, A. "Teoría general del derecho administrativo", ed. Comares, Granada, 2004.

Miller, H. y Jentz, G. "Bussines Law Today", ed. ITP, 2000.

Ministerio de Economía y Hacienda, "Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia", 20 de enero de 2005.

Moch, C. "Competition- the Core of a Market Economy" en Eekhoff, J.(ed.) "Competition Policy in Europe", ed.Springer, Berlin, 2004.

Montag, F. y Cameron, S. "Effective Enforcemment: the Practitioner's View of Recent Experiences under regulation N 1/2003", "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference – Brusselas, 09 – 10. 03. 2005, disponible en www.ibanet.org/conferences.

Monti, M. "La nueva política europea de la competencia" en Beneyto Pérez, J. M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002.

Monti, M. "A Reformed Competition Policy: Achievements and Challenges for the Future", CPN N 2/2004.

Monti, M. “Prólogo” al “XXXIII Informe sobre la política de la competencia”, ed. Comisión Europea, Luxemburgo, 2003.

Monti, M. “The EU Gets New Competition Powers for the 21 Century”, disponible en www.europa.eu.int/speeches .

Moreno Molina, A. M. “Aspectos institucionales del derecho de la competencia” en Calvo Caravaca ,A. L. y Morales Limones, P. B. “Derecho europeo de la competencia”, ed. Constitución y Leyes, Madrid, 2000.

Moreno Molina, A. M., “La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, ed. Universidad Carlos III: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

Morgan,T .“Modern Antitrust Law and its Origins”, ed.West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994.

Murris, T. “The New Rule of Reason”, 57 Antitrust L. J. 858, 1989.

Naciones Unidas “Ley – tipo de defensa de la competencia”, Ginebra, 2003.

Navarro Suay, Ma del Carmen “La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos”, Revista de derecho mercantil N 253, julio-septiembre, 2004.

Neale, A. D. “The Antitrust Laws of the USA: a Study of Competition, Enforced by Law”, 2ed., ed. Cambridge Univ. Press, 1970.

Neese, A. “Farewell to the Quick Look:redefining the Scope and Content of the Rule of Reason”, 67 Antitrust L J., 1999.

Nenova- Amar, M. “La política fiscal”, disponible en www.minfin.bg.

Nenova- Amar, M. y Radeva, E. “Dinámica del salario y ocupación”, disponible en www.minfin.bg.

Nenova, M. y Canavese, A. “Comportamiento de las empresas públicas e inflación”, 1996, disp. en [www.minfin](http://www.minfin.bg).bg.

Nieto, A. “Derecho Administrativo Sancionador”, ed. Tecnos, Madrid, 2003.

Nieto, A. “Derecho Administrativo Sancionador”, ed. Tecnos, Madrid, 1993.

Note “Constitutional Law- Freedom of Speech and Press- Commercial Speech is Not Protected by the First Ammendment”, 48 Tul. L. Rev. 426(1974).

Note “Federal Trade Commission Substantive Rulemaking: an Evaluation of Past Practice and Proposed Legislation”, 48 N.Y.U.L.Rev. 135(1973).

Note “Flexibility and Finality of Antitrust Consent Decrees”, 80Harv. L. Rev.1303(1966-1967).

Note “Judicial Review of Informal Administrative Rulemaking”, 33 Duke L. J.347(1984).

Note “Modification of Antitrust Consent Decrees”, 31 Ind.L.J.357(1955- 1956).

Note “Substantive Rulemaking and the Federal Trade Commision”, 42Ford.L.Rev.734(1978).

Note, “Judicial Review of Agency Rulemaking”, 14 Ga L.Rev.300(1979-80).

OCDE, CCNM/ GF/COMP/WD(2004)33, 09.02.2004, disponible en www.oecd.org/dataoecd .

Olson, G. “The Quiet Shift of Power: OMB Supervision of EPA Rulemaking under Order 12 291”, 4 Va.J.Nat.Resources L.1(1984).

op.cit.

Oppenheim, S. “Cases on Federal Antitrust Laws”,ed.West Publishing, St. Paul, Minnessota, 1959.

Ortells Ramos, M. y Bellido Penadés, G. “Las medidas cautelares en derecho de la competencia:la práctica del Tribunal de Defensa de la Competencia y de los tribunales civiles”, ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", vol. I, II, III y IV ed. Dykinson, Madrid, 1999, 2000,2001 y 2002.

Ortiz Blanco, L. “El procedimiento en Derecho de la competencia comunitario”, ed. Civitas, Madrid, 1994.

Pala, N. “Grand Jury Disclosure in Antitrust Litigation”, 32 Cat.U.L.Rev.437(1982-1983).

Pappas, S. y Demortain, D. “A New Era of Competition under the Guidance of the Court of First Instance” en Eekhoff, J. “Competition Policy in Europe”, ed.Springer, Berlin, 2005.

Parada Vázquez, R. "Derecho administrativo I", ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

Parada Vázquez, R. “El sistema garantizador del derecho de defensa de la competencia” en Garrido Espá, L.(dir.) “La defensa de la competencia por los órganos judiciales: el Reglamento(CE) N 1/ 2003”, ed.Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Parejo Alfonso, L. "Derecho administrativo", ed. Ariel, Madrid 2003.

Parzitch, K. “A Primer to Antitrust Law and Regulatory Policy”, ed.University Press of America,Lanham, 1987.

- Pascual y Vicente, J. "Diccionario de derecho y economía de la competencia", ed. Civitas, Madrid, 2002.
- Pascual y Vicente, J. "Fundamentos y límites de la defensa pública de la competencia", GJUEC N 224/ 2004.
- Pascual y Vicente, J. "La nueva política comunitaria europea de control de conductas y su repercusión en España" en Casés, L.(dir.) "Anuario de la competencia 2003", ed.Marcial Pons, 2004.
- Patridge, A., Lombard, P., Mierhoefer, B. "Punishments for Federal Crimes", ed. Federal Judicial Center, Washington, D.C., 1986.
- Paulis, E. y De Smijter, E. "Enhanced Enforcement of the EC Competition Rules since 1 may 2004 by the Comisión and NCA's", "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference – Bruselas, 09 – 10. 03. 2005, disponible en www.ibanet.org/conferences.
- Pedraz Calvo, M. "Problemas que se plantean en la tramitación y resolución de los recursos contencioso-administrativos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia" en Ortíz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- Pedraz Calvo, M. "Control Jurisdiccional en España" en Beneyto Pérez, J. M.(dir.) "Tratado de derecho de la competencia", ed.Bosch, Barcelona, 2005.
- Pedraz Calvo, M. "Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del TDC", GJUEC N 212, marzo – abril 2001, N 219, mayo – junio 2002, N 228, noviembre – diciembre 2003 y N 230, marzo – abril 2004.
- Peet, R. "La maldita trinidad: el FMI, el Banco Mundial y la OMC", ed.Laetoli, Pamplona, 2004.
- Peña Castellot, M.A. "Política sancionadora de la Comisión Europea en el ámbito de la competencia desde la segunda mitad de la década de los años –90" en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", vol.III, ed.Dykinson, Madrid, 2002.
- Pérez-Bustamante, R. "Lección inaugural: fundamentos históricos y jurídicos del derecho de la competencia en la Unión Europea y en España", en Ortíz Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- Perry, R. y Simon, W. "Civil Investigative Demand - New Factfinding Powers for the Antitrust Division", 58 Mich. L.Rev.855(1956- 1960).
- Petitbó Juan, A. "La defensa de la competencia en España a partir del art. 38 de la Constitución Española", en "Economía industrial", N° 349/350.

Petitbó Juan, A. "Los órganos de defensa de la competencia ante la nueva economía y la descentralización de sus funciones" en Anuario de la competencia 2001, ed. Marcial Pons, Madrid 2002.

Petrov, G. "Trud" de 24 de octubre de 2005.

Pfunder, M., Plaine, D. y Whitemore, A. "Compliance with Divestiture Orders Under Sec.7 of the Clayton Act: an Analisis of the Relief Obtaines", 17 Antitrust Bulletin19(1972).

Pierce, R. "Chevron and it's Aftermath:Judicial Review of Agency Interppretations of Statutory Provisions", 41 Vand.L. Rev.301(1988).

Pierce, R. J., Shapiro, S. A. y Verkuil, P. "Administrative Law and Process", ed. Little, Brown & Co., New York, 1999.

Pijetovic, K. "Reform of EC Antitrust Enforcement: Criticism of the New Sistem is Highly Exaggereted", ECLR N 25 – 6/ 2004.

Pohl, C. y Djankov, S. "Reestructuring Large Industrial Firms in Central and Eastern Europe: an Empirical Análisis", 1996, editado por el Banco Mundial, disponible en www.econpapers.repec.org/paper/fthwobate .

Posner, R. "A Program for the Antitrust Division", 38 U.Chi.L.Rev.500(1971).

Posner, R. "Antitrust in the New Economy", 68 Antitrust L.J.925(2000- 2001).

Posner, R. "Antitrust Law: an Economic Perspective", ed.University of Chicago Press, 1976.

Posner, R. "Economic Analisis of Law", 5ed., ed.Aspen Law and Business, New York, 1998.

Posner, R. "Optimal Sentences for White Collar Criminals", 17 Am.Criminal L.Rev.409(1980).

Posner, R. "The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution:Per Se Legality", 48 U. Chi. L. Rev.623, 1981.

President's Committee on Administrative Management, Administrative Management in the Government of the United States, Report of the President's Committee on Administrative Management, 1937.

Prieto Kessler, E. y Castro-Villacañas, D. "Consideraciones en torno a la propuesta de modernización del derecho comunitario de la competencia" en Casés, L.(dir.)"Anuario de la competencia", ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

Prohl, P. "Congressional Control of Agency Rulemaking", 14 L.J.&Pol.1(1998).

Ralston, J. "The Intersate Commerce Commission", 12 Am. Law 297(1904).

Ripoll Navarro, R. y Fuertes Jiménez, E. M. “El régimen de las ayudas publicas I:visión general y aspectos sustantivos” en Beneyto Pérez, J. M.(dir.) “Tratado de derecho de la competencia”, ed.Bosch, Barcelona, 2005.

Rivas, J. y Branton, J. “Developement in ECC Law in 2002: an overview”, CMLR, vol.40, N 5/ 2003.

Robinson , K.“The Making of Administrative Policy: Another Look of Rulemaking and Adjudication and Administrative Procedure Reform”, 118 U.Pa.L.Rev. 485(1970).

Robinson, K. “Developments in Criminal Antitrust Enforcement”, 60 Antitrust L.J.649(1991- 1992).

Roblizo, M. “Bulgaria- cambio social y transición a la democracia”, ed. Catarata, Madrid, 2001.

Rocca, G., Gauer, C., Dalheimer, D. , Kjolbye, L. y De Smijter, E. “Regulation 1/ 2003: a Modernized application of EC Competition Rules”, CPN N 1/ 2003.

Rodríguez Curiel, J. W. "Las ayudas públicas en la Ley de Defensa de la Competencia", en Beneyto Pérez, J.M. "El nuevo derecho comunitario y español de la competencia", ed. Bosch, Barcelona, 2002.

Rodríguez Curiel, J.W. “ El régimen de las ayudas públicas II: Procedimiento” en Beneyto Pérez, J. M.(dir.) “Tratado de derecho de la competencia”, ed.Bosch, Barcelona, 2005.

Rodríguez González, M. J. “El procedimiento nacional en materia de control de concentraciones entre empresas” en Beneyto Pérez, J. M. “Tratado de derecho de la competencia”, ed Bosch, Barcelona 2005.

Roosevelt, T. “Confession of Faith”, 6 de agosto de 1912 en “17 Works of Theodore Roosevelt”.

Rosenberg, M. “Beyond the Limits of Executive Power: Presidential Control of Agency rulemaking under Executive Order 12 291”, Mich. L.Rev.193(1981- 1982).

Rosenberg, M. “Congress’s Prerogative over Agencies and Agency Decisionmaker: the Rise and Demise of the Reagan Administration’s Theory of the Unitary Executive”, 57 Geo.Wash..Rev.627(1988- 1989).

Rosenberg, M. “Wathever Happened to Congressional Review of Agency Rulemaking: a Brief Overview, Assesment and Proposal for Reform”, 51 Adm. L. Rev. 1051(1999).

Rosochowicz P. H.“ The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law”, ECLR vol.25, N 12/2004.

Rowles, D. y Popov, Ch. “Bulgaria”, East Eur. B. Law, London, Aug., 1995.

Rumford, C. "European Cohesion? Contradictions in EU Integration", ed. Macmillan Press, London, 2000.

Salvador Martínez, M. "Las Autoridades Independientes", ed. Ariel, Barcelona, 2002.

Santos, S. "La prueba en el procedimiento sancionador de la LDC" en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid, 1999.

Sanz, I. "Procedimiento de infracción y de autorización en el derecho de la competencia", en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid, 2002.

Sarela, A. y Malric-Smith, P. "Reorganizing of Cartel Work in DG Competition", Competition Policy Newsletter N 2, 2005.

Sargentich, T. "In Defense of Congressional Review of Rules", <http://www.abanet.org/adminlaw/conference/2003>.

Scalia, A. "Judicial Deference to Administrative Interpretations of law", Duke L.J., 511(1989).

Schaub, A. "Modernization of ECC Law: Reform of Regulation N 17/ 68", 23 Fordham Int.L.J.(2002).

Schroeder, D. "Leniency – Issues from a Private Practitioner's Perspective" – "Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice" – IBA Conference 09 –

Schröter, H. "Some Observations on the Revision of the EC Merger Regulation" en Ortiz Blanco, L. y Gómez, A. "Derecho de la competencia europeo y español", vol IV, ed. Dykinson, Madrid, 2005.

Schwartz, B. "Administrative Law", 3 ed. , ed. Little, Brown & Co. , Boston, 1991.

Senador Sherman, Congressional Record, 21st Congress, 1st Session, 1890.

Seplaki, L. "Antitrust and the Economics of the Market: text, readings, cases", ed. Harcourt Brace Jovanovich, Inc., New York, 1982.

Servicio de Defensa de la Competencia. Memoria del año 2003, disponible en www.mineco.es/dgdc/sdc.

Shapiro & Levy "Judicial Incentives and Indeterminacy in Substantive Review of Administrative Decisions", 44 Duke L. J. 1051(1995).

Shapiro, S. "Congress: New Direction in Administrative Law" 13 Adm.L.News, Spring, 1988.

Shapiro, S. "The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy", 78 Harv. L. Rev. 921(1965).

Shavell, S. "Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent", 85 Colum.L.Rev.1232(1985).

Shenefield, J. "Compliance Programs as Viewed from the Antitrust Division", 48 Antitrust L.J. 73(1979).

Shenefield, J. y Stelzer, I."The Antitrust Laws: A Primer", 2a ed., ed. AEI, Washington,1998.

Shumpeter, J. "Capitalismo, Socialismo y Democracia", ed. Folio, Barcelona, 1996.

Siegel, D. "The Antitrust Civil Process Act: the Attorney General's Pre-action Key to Company Files", 10 Vill.L.Rev.413(1965).

Sims, J. "Criminal and Civil Antitrust Litigation: a Prosecutor Perspective", 57 Antitrust L.J.223(1988).

Sjoberg, O. y Wyzan, M. "Economic Change in the Balkan States", ed. St.Martin's Press, New York, 1991.

Slot, P. "A View from the Mountain:40 Years of Developments in EC Competition Law", CMLR 41/2, abril, 2004. Adam Smith "The Wealth of Nations", ed.Modern Library, Book IV, Chapter 8.

Smith, Adam"The Wealth of Nations", ed.Modern Library, Book IV, Chapter 8.

Soames, T. y Gómez, A. "Changes in EC Merger Control" en Ortiz Blanco, L. y Gómez, A. "Derecho de la competencia europeo y español", vol IV, ed.Dykinson, Madrid, 2005.

Solana, G. "Diferencias entre los Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones.Aplicación práctica" en Casés, L. (dir.) "Anuario de la competencia 2001", ed. Marcial Pons, 2002, Madrid.

Sopeña Blanco, V. "El derecho de acceso al expediente en el derecho comunitario de la competencia" en Ortiz Blanco, L. "Derecho de la competencia europeo y español", ed. Dykinson, Madrid, 1999.

Soriano García, J.E. "Derecho público de la competencia", ed. Marcial Pons, Madrid 1998.

Soriano García, J.E. "Comentario de urgencia a la Ley 1/2002" , GJUEC N 218, marzo-abril, 2002.

Soros, G. "La crisis del capitalismo global", ed.Debate, Madrid, 1998.

Sosa Vagner, F. "Jurisdicciones administrativas especiales", ed.Instituto García Oviedo, Sevilla, 1977.

Souty, F. "Le droit de la concurrence de l'Union européenne", ed. Montchrestien, París, 1997.

Speesel, J. "Nonmerger Investigation and Enforcement Procedures at the FTC", 54 Antitrust L. J. 181(1985).

Spratling, G. "Detection and Deterrence: Rewording Informants for Reporting Violations", 69 Geo.Wash.L. Rev.798(2001).

Spratling, G. "The Corporate Leniency Policy: Answers to Recurring Cuestions", disponible en www.usdoj.gov/atr/public/speeches .

Stanchev, K. "Plunder and Informality in the Bulgarian Economy" en Dainov, E. y Panheva, M. "The Gray Economy In Bulgaria: reasons, consequences, policies", ed. Centre for Social Practices, Sofia, 2002.

Starling, K. "Criminal Antitrust Enforcement", 59 Antitrust L.J.649(1991- 1992).

Starr , K. "Judicial Review in the Post- Chevron Era", 3 Yale J.on Reg.283(1986).

Stason, E. "Substantial Evidence", Adm.L., 89 U. Pa.L.Rev. 1026(1941).

Steward, R. "Breve introducción al sistema estadounidense de judicial review o control judicial de la actividad administrativa" en Barnés, J. (ed.), "La justicia administrativa en el derecho comparado", ed. Civitas , Madrid, 1993.

Stewart, R. "The Transformation of American Administrative Law", 88Harv.L.Rev.1669(1975).

Stigler, G. "The Economic Effects of the Antitrust Laws"en McChesney, F. y Shughart III, W. "The Causes and Consequences of Antitrust:the Public – Choice Perspective", ed.Univ. of Chicago,1995.

Stuyck,J. y Gilliams, H. "Modernization of European Competition Law", ed. Intersentia, Oxford, 2002.

Tamames, R. y López , M. "La Unión Europea", 5 ed., ed. Alianza, Madrid, 2002.

Telser, L. "Why Should Manufacturers Want Free Trade", 3 L. J.&Ec.86, 1960.

Thorelli, H. "The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition", ed. N. F., Stockholm, 1954.

Tobio Rivas, A. M. "La autorización de medidas limitativas de la competencia en el derecho comunitario", ed. Civitas, Madrid, 1994.

Tom, W. y Pak, C. "Toward a Flexible Rule of Reason", 68 Antitrust L.J.391, 2000.

Totev, S. "Economic Performance and Structure of SouthEastern European Countries- Albania, Bulgaria, Macedonia and Greece", Eastern Europe Economics, nov/dec.2002, vol.40. Iss.6.

Tribunal de Defensa de la Competencia “La competencia en España: balance y nuevas propuestas”, 1995 disponible en www.tdcompetencia.es .

Tribunal de Defensa de la Competencia. Memoria del año 2003: www.tdcompetencia.es

U.S.Congress, House, Committee on Appropriations:Departaments of State, Justice, Commerce and the Judiciary, and Related Agency Appropriations, 91st Cong., 1st sess.,1969 y 2d sess.1970.

U.S.Congress, Senate, Committee on the Judiciary, “A Study of Antitrust Laws: Hearings before the Senate Subcommittee on Antitrust and Monopoly”, 89th Cong., 1st sess.,1966.

Uría Fernández, F. “Aspectos jurídicos más relevantes de la reforma de la legislación de competencia” ,GJUEC N 204, diciembre, 1999.

Van Barlingen, B. “The European Commission’s 2002 Leniency Notice after One Year of Operation”, Competition Policy Newsletter N 2, 2003.

Van Barlingen, B. y Berenes, M. “The European Commission’s 2002 Leniency Notice in Practice”, Competition Policy Newsletter,N 3, 2005.

Van der Woode, M. “EC Competition Law Handbook”, ed.Oxford University Press, Oxford, 1997.

Van Gerwen, W. “Private Enforcement of EC Competition Rules” “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 09 – 10 .03.2005 , Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

Van Miert, K. “Foreword” en Eekhoff, J.(ed.) “Competition Policy in Europe”, ed.Springer, Berlin, 2004.

Varios autores "Derecho administrativo II", ed. Universitas, Madrid, 1998.

Varios autores, dir. Luis Casés “Anuario de la competencia”, ed.Fundación ICO, Madrid, 1996, 1997, 1998, 2001, 2002.

Vedel, G. "Derecho Administrativo", ed. Aguilar, Madrid, 1980.

Velasco San Pedro, L.A. “El derecho europeo de la competencia” en Velasco San Pedro, L.A. “Derecho europeo de la competencia:antitrust e intervenciones públicas”, ed.LexNova, Valladolid, 2005.

Venit, J. S. “Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under art.81 and 82 of the EC Treaty” CMLR vol.40, N 3/ 2003.

Villegas Cayón, J. “Monopolio y competencia”, ed. Librería Jurídica Villegas, Madrid, 1970.

Waelbroeck, M. y Frignani, A. “Derecho europeo de la competencia I”, ed. Bosch, Barcelona, 1998.

Wainright, R. “Application of EC Competition Rules by National Courts” – “Antitrust Reform in Europe: a Year in Practice” – IBA Conference 09 – 10 .03.2005, Brussels, disponible en www.ibanet.org/conferences .

Walley, J. “Priorities and Practices- the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program”, 57 Antitrust L.J. 569(1988)

Weaver, S. “Decision to Prosecute”, ed. MIT Press, Cambridge, 1977.

Whish, R. “Competition Law”, ed. Butterworths, London, 1985.

Winerman, M. “The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control and Competition” 71 Antitrust Law Journal 2003.

Winermann, M. “The Origins of FTC”, disponible en www.ftc.gov/ftc/history .

Winslow, W. “Organization and Operation of the Federal Trade Commission”, 54 Antitrust L. J., 1985.

Withrow, J., Jr. “Antitrust Investigations and the Grand Jury: The Implications of the New Immunity Provisions of the Organized Crime Control Act”, 28 Business L. 887(1972- 1973).

World Bank “Bulgaria- Crisis and Transition to Market Economy”, agosto 1991, “Bulgaria- Public Expenditure Issues and Directions for Reform”, ed. World Bank, Washington D.C., 2003.

www.abanet.org/adminlaw/conference/2003 .

www.abanet.org/ceeli/publications.

www.aeaf.minfin.bg .

www.bfia.org .

www.bnb.bg.

www.cpc.bg .

www.deutsche-bank.de.

www.europa.eu.int/comm .

www.europa.eu.int/comm/eurostat.

www.icex.es.

www.imf.org.

www.invest.bg.government.bg .

www.mineco.es/dgdc/sdc .

www.minfin.bg.

www.nato.int/docu/review; www.icex.es/servicios/documentación.

www.novinite.com : Bulgaria's Financial Policy Presented to EBRD President,

www.proquest.com.

www.usdoj.gov/atr/public/guidelines: "Antitrust Grand Jury Practice Manual"

www.usdoj.gov/atr/sections .

www.ussc.gov .

www.worldbank.org .

www.wto.org.

Yanes Yanes, P. "Génesis de la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las CC.AA. en Materia de Defensa de la Competencia", GJUEC, N 221, septiembre-octubre, 2002.

Zloch, C. "Bulgaria in a Time of Change: Economic and Political Dimensions", ed. Adershot, Hants, England, 1996.